FACULTÉ DE DROIT D'AIX

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

LA GARANTIE

DANS LES

VENTES DE FONDS DE COMMERCE

PAR

HENRI DELUY

Avocat au Barreau de Marseille

MARSEILLE
IMPRIMERIE MARSEILLAISE
Rue Sainte, 39

1913

LA GARANTIE

DANS LES

VENTES DE FONDS DE COMMERCE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

THÈSE POUR LE DOCTORAT JURIDIQUE

LA GARANTIE

DANS LES

VENTES DE FONDS DE COMMERCE

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

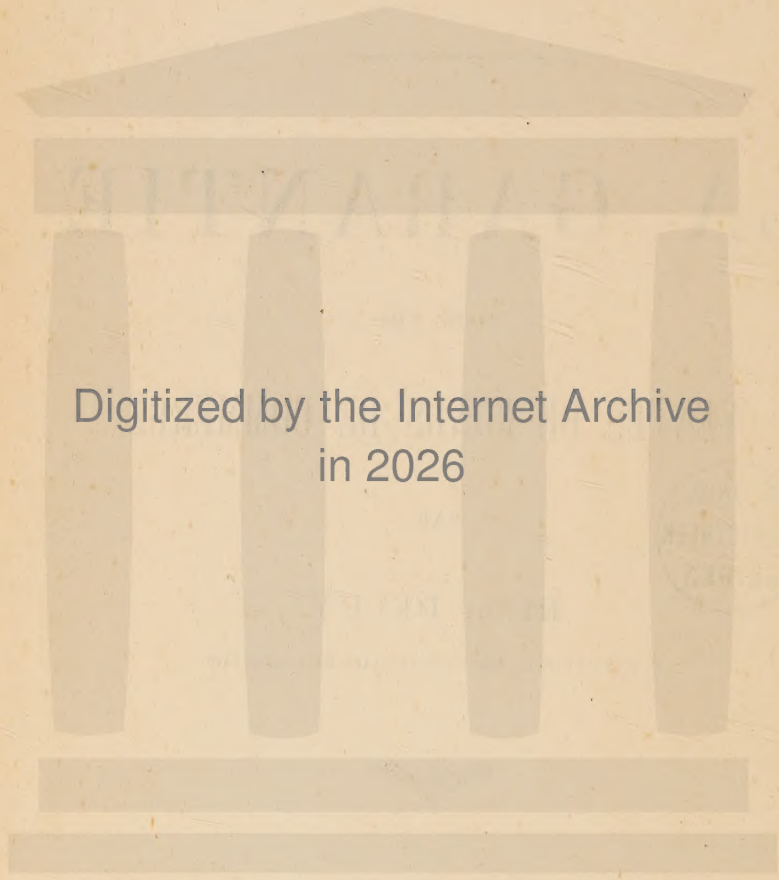
PAR

HENRI DELUY

Avocat au Barreau de Marseille

MARSEILLE
IMPRIMERIE MARSEILLAISE
Rue Sainte, 39

1913


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549817_0026

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM. PISON, doyen honoraire.

BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé des Cours de Pandectes et de Législation Industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit civil, chargé des cours d'Histoire du Droit privé (Doctorat) et de Droit civil (Capacité).

VERMOND, professeur de Droit romain chargé du Cours de Pandectes.

MOREAU, assesseur du doyen, professeur de Droit Administratif, chargé des cours de Droit Administratif approfondi et de Législation financière.

AUDINET, professeur de Droit international chargé d'un Cours de Droit civil.

BONNECARRÈRE, professeur de Droit commercial, chargé des cours d'Enregistrement et Notariat et de Droit maritime.

RIPERT, professeur de Droit Civil, chargé du cours de Droit administratif (Capacité) et des cours de Droit civil approfondi et comparé.

PERROUD, professeur de Procédure civile, chargé d'un cours de Droit civil (Capacité).

RAYNAUD, professeur d'Economie politique, chargé du cours d'Economie politique (Doctorat).

AUBRY, agrégé, chargé des cours d'Economie politique (Licence) et d'Histoire des doctrines économiques (Doctorat).

DUMAS, agrégé chargé des cours d'Histoire générale du Droit français (Licence) et d'Histoire du Droit public (Doctorat).

X.., chargé du cours de Droit criminel.

BRUNET, chargé des cours de Droit international public (Licence et Doctorat).

GUILLOIS, chargé des cours de Droit constitutionnel et de Droit public (Licence).

SEGUR, chargé du cours de Droit constitutionnel (Doctorat).

JOUGLA, secrétaire.

L'Université et la Faculté n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

1° Ouvrages de Doctrine

Aubry et Rau : *Traité de Droit civil*, 5e édition t. IV.

Baudry et Saignat : *De la Vente et de l'échange.*

Boutaud et Chabrol : *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, 1905.

Bedarride : *Commentaires des lois sur les brevets d'invention, sur les noms des fabricants et sur les marques de fabrique.* 3 *vol.*, Paris 1869.

Boistel : *Manuel de Droit Commercial*, Paris 1899.

Demolombe : *Traité des Contrats*, tome I.

Laurin : *Cours élémentaire de Droit Commercial*, 1890, 3e édit.

Lèbre : Traité pratique et théorique des fonds de Commerce 1887.

Lyon-Cœn et Renault : *Traité de Droit Commercial*, tome III et *note au Sirey*, 1874. 1. 197.

Pouillet : *Traité des Marques de fabrique*, 1906.

Planiol : *Traité de Droit Civil*, t. III, édit. 1905.

Laurent : *Principes de Droit Civil Français* 1878, t. XXIV.

Levé : *Code de la vente Commerciale*, 1892.

Ruben de Couder : *Dictionnaire de Droit Commercial.*

Thaller : *Traité de Droit Commercial.*

Guillouard : *Traité de la vente et de l'échange*, 1889.

2° Périodiques

Annales de Droit Commercial français et étranger, plus particulièrement : *Ann.* de 1897, p. 39, article de MM. J. Valery « Maisons de commerce et fonds de commerce » ; *Ann.* de 1907, p. 121, article de M. A. Hermance « De la garantie de clientèle dans les ventes de fonds de commerce » ; *Ann.* de 1912, p. 261, article de M. Oudinot « De la transmission de la Firme en droit Allemand ».

Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire.

DALLOZ : *Journal Périodique* de 1845 à 1913. Plus particulièrement, voir dns ce Recueil les notes de Me Léon Lacour.

DALLOZ : 1909. 1. 281 *sous cass.*, 29 juillet 1908. — 1907. 2. 209 *sous Montpellier*, 21 juillet 1905. — 1907. 2. 170 *sous Angers*, 8 février 1905. — 1907. 2. 321 *sous Nancy*, 14 nov. 1905. — D. 1907. 2. 171.

Pandectes Françaises : 1899. 1. 242 *sous cass.*, 9 février 1898

DALLOZ : 1906. 1. 489.

DALLOZ : note Planiol. 1890. 2. 289.

Recueil général des lois et arrêts : Sirey 1791. 1913. — Nous ne citerons pas les nombreux recueils de jurisprudence auquels nous avons dû puiser les décisions citées dans notre ouvrage (1).

Recueil des Lois Nouvelles : 1909 : article de Me Bouvier-Bangillon sur la loi du 17 mars 1909.

(1) Cités dans le cours de l'ouvrage, plus particulièrement : *Recueil de Marseille ; Recueil du Havre ; Recueil de Nantes ; Recueil de Rouen ; Journal des Tribunaux de commerce ; La Loi ; Gazette des Tribunaux ; Le Droit ; Gazette du Palais.*

PRÉFACE INTRODUCTION

Les ventes de fonds de commerce se sont multipliées de nos jours d'une façon intensive (1). La fréquence de ces mutations tient à des causes économiques et sociales. Elle s'explique par le développement du commerce et le nombre des établissements commerciaux qui se fondent journellement ; et par le régime de la libre concurrence qui amènant des crises économiques, entraîne nécessairement de nombreuses mutations.

On voit aussi, plus souvent qu'autrefois, une même personne fonder successivement plusieurs maisons et les céder immédiatement après leur fondation. Il y en a même qui font d'une façon presque continuelle des spéculations, consistant à monter un établissement commercial, puis à le vendre une fois achalandé (2). Ne serait-ce que dans la masse des habitants des campagnes, qui émigrent à la ville, pour y tenter la fortune, les acquéreurs sont faciles à trouver. Il faut ajouter enfin, que les maisons de commerce se transmettent de moins en moins aux héritiers, et que le décès d'un commerçant amène ainsi, bien plus souvent qu'autrefois, une vente de son fonds.

Autrefois, la cession des établissements commerciaux revêtait en général un caractère familial. En des temps où il était difficile de changer de classe sociale, le marchand qui mourait ou qui se retirait des affaires, avait pour suc-

(1) Boutaud et Chabrol : Traité des fonds de Commerce 2e partie, n° 69.

(2) Lyon Coen et Renault. t. III n° 237 *bis*.

cesseur son fils, sa veuve, ou encore un employé de confiance ; et ceci était vrai, non seulement pour le commerce de détail, mais encore pour le grand commerce ainsi qu'en témoigne l'existence de ces maisons de banque si considérables qui parvinrent à se maintenir pendant de longues années (1). C'est l'expression de dynastie qu'il convient d'employer pour désigner ces familles de maîtres-imprimeurs qui ont exercé leur art et l'ont rendu célèbre pendant de longues générations : tels les Martel, de Montpellier, qui purent célébrer en 1888 le deuxième centenaire de l'établissement de leurs presses dans cette ville.

Pour toutes ces raisons, les ventes de fonds de commerce ont pris une extension considérable.

Des nécessités pratiques ont attiré depuis 1885 ; l'attention des intéressés en vue d'arriver à une législation spéciale. Les Chambres de Commerce se sont fréquemment occupées de la question. Elles ne sont pas encore parvenues à obtenir le vote des dispositions qu'elles sollicitent (2).

Signalons notamment la proposition de loi déposée le 21 mars 1902, par M. A. Gervais (3).

La loi du 1er mars 1898 complétant l'art. 2075 C. Civ., et enfin les lois des 17 mars et 1er avril 1909 « sur les ventes et nantissements de fonds de commerce ». Mais ces deux dernières ne sont que des lois faites dans « l'intérêt des tiers », nous n'y trouvons étudiées au premier chef que les obligations de régularisation imposées au vendeur et au créancier nanti.

Nous ne rencontrons dans ces récentes lois aucune indica-

(1) Annales de Droit Commercial, t. XI. 1897. p. 39. J. Valery. « Les cessions de fonds de commerce enregistrées en 1904 dans les bureaux de Paris et de la banlieue se sont élevées à 15.850 (annexe n° 3 au rapport Cordelet. Le *Bulletin de statistique* du ministère des Finances (même annexe) donne pour 1903, et pour La France le chiffre de 54.291, ventes de fonds de commerce.

(2) Proposition de loi présentée au Sénat, le 16 juillet 1885, par MM. Mazeau et Dietz-Monin. Sénat. Doc. Parlem. 1885, p. 325).

(3) Ch. des Députés. *Off. Doc. Parlem.* 1902, p. 371, annexe n° 3138

tion concernant les obligations des parties, et notamment, celle faisant particulièrement l'objet de notre étude : « La garantie due par le vendeur à l'acheteur ». Le rapporteur de la loi au Sénat, M. Cordelet disait lui-même « ce qui concerne la capacité des parties, les conditions générales de la validité de la vente, les obligations du vendeur et de l'acheteur trouve sa solution dans les principes du droit commun » (1). Nous devons donc nous référer au droit commun. Et l'on a même dit d'une façon encore plus catégorique « en ce qui concerne les règles du contrat de vente considéré en lui-même, dans les obligations qui en résultent pour le vendeur et l'acheteur, il n'y a là rien de spécial à la vente d'un onds de commerce » (2).

Ce renvoi pur et simple aux dispositions générales de notre droit est regrettable et dangereux : Il est regrettable, car la garantie due par le vendeur, cette obligation de procurer à son acheteur la possession paisible et utile de la chose vendue, présente en matière de vente de fonds de commerce une importance de premier ordre. Le prix de la vente est le plus souvent fort élevé, surtout s'il s'agit de ces vastes entreprises industrielles que présente notre monde économique moderne, et l'acheteur devrait nécessairement trouver dans nos lois les protections suffisantes pour le prémunir contre toute manœuvre de son vendeur destinée à lui ravir un des avantages, sur lesquels il a dû compter. Si l'on considère, d'autre part, que la réunion de ces avantages confère au fonds sa valeur commerciale et en constitue les éléments même, on voit l'intérêt considérable de l'acheteur à s'en prévaloir. La clientèle, le matériel et les marchandises, le nom commercial, l'enseigne et enfin les brevets d'invention et les marques, voilà ce que comprend la plupart du temps la vente du fonds, et il est incontestable que

(1) Sénat, 18 février 1909.

(2) M. Bouvier-Bangillon. *Recueil des Lois Nouvelles* 1909. Loi du 17 mars 1909, page 349, nº 23.

si le vendeur ressaisit un de ces éléments, il porte une atteinte irrémédiable aux droits de son acquéreur et peut paralyser son activité dans la conservation et l'extension de son entreprise commerciale. Enfin, ce renvoi est dangereux précisément à cause de l'importance de l'obligation de garantie. Elle seule assurera le respect de l'entreprise cédée : La vente d'un fonds comprenant avant tout la clientèle et le nom commercial, c'est porter atteinte à l'un et à l'autre de créer un établissement similaire, c'est troubler l'acheteur dans sa possession. Et il ne faut pas, en l'absence de dispositions législatives formelles, tenir en échec l'obligation de garantie sous prétexte de sauvegarder le principe incontesté de la liberté du commerce. Nous devons donc nous demander d'abord, si la garantie des articles 1625 et suivants du Code Civil est applicable à la vente des fonds de commerce, et si à raison même de la nature de l'objet cédé, l'obligation de garantie ne présente pas de notables particularités.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA GARANTIE DE DROIT

CHAPITRE PREMIER

Objet de l'obligation de garantie du vendeur.

Section I. — *Caractères particuliers de l'obligation de garantie.* — Ici, se pose une question essentielle : la garantie des articles 1625 et suivants du Code Civil, s'applique-t-elle aux ventes de fonds de commerce ?

La garantie dont le vendeur est tenu, est suivant une heureuse expression « la délivrance continuée.» (1). De même que le vendeur est obligé de mettre la chose vendue en la jouissance et possession de l'acheteur, de même il doit ne point troubler son acheteur, le défendre et le garantir contre le trouble qui serait apporté par un tiers à sa possession, et le garantir enfin contre les défauts cachés de la chose qui viendraient en diminuer les avantages, et parfois même,

(1) Guillouard, Traité de la vente et de l'échange. 1889, Livre III, titre VI du C. Civil, t. I. — Pothier. Obligations. — Aubry et Rau. Droit Civil, t. IV n° 355. — Planiol, Traité de Droit Civil, t. III, édit. 1905, p. 483, n° 1462. — Demolombe, Traité des Contrats, t. I. — Laurent : Principes de Droit Civil Français, 1878, tome XXIV. — Pomponius,Loi III,de act. empt. « *Dation possessionis quæ a venditore fieri debet, talis est ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur* », c'est la définition type de l'obligation de garantie.

substituer à ces avantages de sérieux inconvénients pour le possesseur. Cette obligation complexe, est l'obligation de garantie. Elle a donc trois objets : 1° *la garantie du fait personnel* : Le vendeur ne peut apporter personnellement un trouble dans la jouissance et la possession de son acheteur « Qui doit garantir, ne peut évincer » dit un adage : tenu de le protéger. Comment pourrait-il le troubler lui-même ! 2° *L'éviction* : cette expression vise plus particulièrement le trouble apporté par un tiers. Ce terme désigne l'enlèvement de tout ou partie de la chose vendue par un tiers. 3° *Les défauts cachés* qui rendent la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée, et qui en diminuent notablement la valeur.

Telle est la portée et l'étendue exacte de l'obligation de garantie qui pèse sur le vendeur.

En matière de vente de fonds de commerce, la garantie présente une physionomie particulière à raison de la nature incorporelle de la chose cédée : la clientèle.

La garantie prend ici une acception bien compréhensible : « garantir, c'est promettre de donner ses soins, afin que les clients de la maison passent à l'acheteur, et s'obliger à ne pas les reprendre pour soi » (1).

La clientèle est l'âme du fonds de commerce, on a même dit que c'était « l'élément essentiel » (2). Une doctrine, qui tend à l'emporter, considère même que la clientèle est absolument nécessaire pour qu'il y ait vente de fonds de commerce (3). Ce qui est certain, c'est que les autres éléments : Droit au bail, matériel, marchandises, nom commercial et enseigne, ne sont que des éléments accessoires, des moyens ou des qualités en quelque sorte destinés à conserver la

(1) Thaller, Traité de Droit Commercial, page 65. — Lyon Coen, t. III, Traité Droit Commercial.

(2) Boistel, loc. cit. Précis de Droit Commercial, n° 429.

(3) Ruben de Couder. Dict. Droit Commercial. V° Fonds de Commerce n°s 3 et 6. — Cass. : 13 mars 1888. Pand. Fr. per. 88. 1. 331. — S. 88. 1. 302. — D. P. 88. 1. 351. — Riom, 30 mars 1892. — S. 94. 2. 237, — D. 92. 2. 220.

clientèle acquise, à l'étendre et à la développer (1). Elle est attirée par le confort de l'installation, la qualité des marchandises, et le nom sert de signe de ralliement aux clients anciens et à ceux qui seront appelés plus tard (2).

La nature particulière de la clientèle contribue donc à donner un caractère « *sui generis* » à cette obligation de garantie. Donc : la garantie de clientèle limite les droits du vendeur (3). Il doit s'abstenir d'utiliser ses aptitudes commerciales dans des conditions qui seraient de nature à entraver,entre les mains de son successeur le libre fonctionnement de l'entreprise cédée : toute emprise sur la clientèle du fonds vendu demeure interdite. Le commerçant qui cède son fonds ne doit plus agir au lieu où son activité s'est portée avec fruit. La zône où il a acquis de l'influence, est pour lui une zône défendue, en s'y rétablissant, il contrarierait la libre activité de son acquéreur.

Les art. 1625 et suivants C. Civ. sont donc parfaitement applicables aux ventes de fonds de commerce. Mais ce qui est vrai, c'est que la garantie prend une physionomie particulière : L'éviction est toute originale (4) : L'acheteur d'un fonds de commerce qui créerait un établissement semblable à celui qu'il aurait cédé, ne tarderait pas à ruiner son acheteur. Ce dernier ne subit assurément pas une éviction au sens rigoureux du mot, son titre n'a été attaqué par personne, il conserve la propriété des marchandises cédées, la jouissance des magasins, mais il perd ce sur quoi il avait plus particulièrement compté, l'objet principal de la vente, la chose la plus essentielle à un commerçant, la clientèle.

Section II. — *L'interdiction de se rétablir résulte-t-elle nécessairement de la vente ?*

(1) J. Valery. *Ann. Droit. Comm.* 1902, page 272 et suiv.
(2) Calmels, Contrefaçon, p. 114.
(3) Article de M. A. Hermance dans *Ann. Droit Commercial* 1907, p. 121.
(4) A Levé. 1892. Code de la Vente Commerciale. — Baudry et Saignat « de la Vente et de l'Echange » 2e édit., n° 363, page 305.

En d'autres termes, l'interdiction de se rétablir est-elle de droit ? Il ne s'agit pas ici d'une concurrence déloyale, le vendeur est évidemment passible de dommâges-intérêts, abstraction faite de sa qualité de vendeur et de son obligation de garantie. Mais une concurrence loyale est-elle permise ? Le vendeur peut-il se rétablir ? Nous nous trouvons en face de systèmes nettement opposés :

1er Système : *Le vendeur peut se rétablir* (1). — Le vendeur est toujours libre d'établir une concurrence lorsque l'acheteur n'a pas pris soin de le lui interdire par une clause formelle. En effet, la liberté commerciale étant de droit public, aucune restriction ne peut y être apportée que par la loi et les conventions, le droit commun est la liberté de commerce et de l'industrie, et il faut une clause expresse pour y déroger. On ne doit pas présumer que le vendeur a voulu porter atteinte à sa propre liberté, il est nécessaire qu'il le dise et qu'il détermine d'une façon précise la limite des restrictions qu'il entend y apporter(2).

Mais ce système n'est pas suivi d'une façon absolue, et certains tribunaux y apportent un tempérament et défendent au vendeur, en dehors de toute stipulation, de se rétablir dans le voisinage immédiat du lieu où se trouve le fonds de commerce par lui cédé (3) ; ainsi le vendeur pourrait se permettre la concurrence, pourvu qu'elle ne fût pas déloyale. — Il faut avouer que cette doctrine est bien large, et bien dangereuse. Quels seront, en dehors de la proximité du fonds vendu, les faits caractéristiques de concurrence déloyale ? Ne risque-t-on pas, sous prétexte de sauvegarder le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, de permettre au vendeur de reprendre d'une main ce qu'il a

(1) Laurent. Principes de Droit Civil français t. XXIV, n° 185. — Angers, 7 mai 1869. D. 69. 2. 168. — Cass., 15 février 1855. S. 56. 1. 417. — Cass., 2 mai 1860. S. 60 1. 308. — Angers, 7 mai 1869. S. 70. 2. 7. D. 69. 2. 168. — Réq., 19 août 1884.

(2) Cour Toulouse, 27 août 83. *Gaz. Trib.*, 4 octobre 1883.

(3) Lyon, 25 mai 1872. S. 73. 2. 180. D. 72. 2. 211.

donné de l'autre ? Il faut ajouter qu'heureusement ce système n'a pas prévalu.

2° Système : *Le vendeur ne peut se rétablir.* — Nous allons étudier d'abord ce système dans sa rigidité absolue, puis avec les adoucissements qui y ont été apportés.

Dans son caractère absolu, il s'inspire des purs principes de la garantie en matière de vente.

Le vendeur s'engageant à procurer la jouissance paisible du fonds à son acheteur ne peut le troubler ni en droit, ni en fait. En l'absence de toute stipulation, les principes mêmes de la vente suffisent pour obliger le cédant à s'abstenir de tout acte qui pourrait nuire à l'achalandage de l'établissement cédé : le vendeur garantit nécessairement à son acheteur la paisible jouissance de la chose vendue (1). La doctrine est absolument d'accord aujourd'hui, pour admettre *de plano* cette conséquence de l'obligation de garantie dans les ventes de fonds de commerce (2).

L'on peut ajouter en faveur de ce système, que les conventions suivant l'art 1134 C. Civ., obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité donne à l'obligation d'après sa nature (3).

Or, l'interdiction de se rétablir est une suite naturelle du contrat et une condition de sa loyale exécution et M. Planiol n'hésite pas à déclarer « l'obligation de ne pas se livrer à un commerce semblable dans des conditions de nature à porter préjudice à l'acheteur est une obligation d'équité élémentaire, elle est de l'essence du contrat de vente : elle en découle de plein droit » (4) telle est l'opinion dans sa rigidité absolue. Le vendeur ne peut se rétablir : Il s'interdit

(1) Note Léon Lacour. D. 1906. 1. 489.

(2) Lyon-Caen et Renault, 3e édit., traité de Droit Commercial, t. III, n° 247. — Thaller, Traité élémentaire, 3e édit., n° 84. — Guillouard « Traité de la vente », 2e édit., t. I, n° 329 et suiv. — Aubry et Rau. Cours de Droit Civil 355, 4e édit. t. IV, page 369. — Boutaud et Crabrol : Traité général des fonds de commerce et d'industrie.

(3) Lèbre. Traité pratique et théorique des fonds de commerce.

(4) Note au Dalloz. Planiol : D. 1890. 2. 190.

virtuellement par le fait même de la vente, de rien faire qui porte atteinte aux effets de la vente, en diminuant l'utilité de la chose vendue, et étant tenu de garantir la possession paisible de l'acheteur, il troublerait cette possession, s'il reprenait la clientèle cédée en se rétablissant.

Ainsi envisagée, cette doctrine serait inacceptable, on cède son établissement, de nos jours, moins pour se retirer du commerce, que pour créer une maison nouvelle : ce serait donc paralyser la libre activité de chacun et entraver le principe de la libre concurrence qui domine le monde économique moderne. Les tempéraments apportés à ce système rigoureux nous mettent en présence *d'un système mixte : l'interdiction de se rétablir n'a pas besoin d'être stipulée expressément ; elle est sous-entendue, sans doute, mais elle n'a pas pour conséquence d'empêcher, d'une manière absolue, le vendeur d'exercer un commerce similaire, mais seulement de lui interdire de détourner la clientèle du fonds cédé.*

Même dans le système qui avait admis le rétablissement immédiat du vendeur, les tribunaux avaient apporté un correctif : « Le vendeur doit user de son droit, sans manquer à la bonne foi commerciale » (1). Il ne doit « se livrer à aucune manœuvre, ni acte de concurrence déloyale » (2) et, l'arrêt du 2 mai 1860, indique lui-même ce qu'il entend par concurrence déloyale « le fait de créer une maison, dont la désignation ou l'enseigne et la proximité, auraient pour but ou pour résultat de nuire par une rivalité abusive et malgré la garantie dont le cédant est tenu envers le cessionnaire, à l'établissement cédé ».

Dans le système mixte, la création d'un établissement rival du fonds vendu ne peut être ni prohibée ni permise d'une façon absolue ; tout dépend des circonstances (3). Ce système a l'avantage de concilier la liberté du commerce

(1) Arrêt du 5 février 1855 (précité).
(2) Arrêt du 2 mai 1860 (précité).
(3) Ruben de Couder. Dictionnaire de Droit Commercial, fonds de commerce, n° 47.

avec les droits de l'acheteur. La question doit se résoudre par une distinction : ou bien le nouvel établissement a véritablement porté préjudice à l'ancien, et lui a enlevé tout ou partie de sa clientèle, soit par suite de la proximité des deux maisons, soit même par un fait direct du vendeur, tel que des circulaires adressées aux anciens clients ; dans ce cas, le vendeur a véritablement contrevenu à l'obligation de garantie (1). Il suffit donc d'assurer à l'acquéreur, sans aller jusqu'à imposer au vendeur l'inderdiction absolue de se rétablir, tous les avantages sur lesquels il a dû compter, c'est-à-dire, la transmission complète de la clientèle (2). Tels sont les vrais principes qui dominent la matière, et que l'on peut dégager de la multitude d'arrêts.

« En droit, dit la Cour de Cassation, la vente ou la cession d'un établissement industriel ou commercial, avec la clientèle et l'achalandage, a pour conséquence, sauf convention contraire, d'interdire au vendeur ou cédant l'exercice d'une industrie ou d'un commerce similaires, dans le voisinage ou dans le rayon de fonctionnement de l'établissement vendu » (3) et plus récemment encore, n'a-t-elle pas déclaré « tout acte de commerce est interdit au cédant, d'une manière absolue, dans un rayon déterminé (4) ». En d'autres termes et de droit commun, comme disent un grand nombre de décisions judiciaires, le vendeur d'un fonds de commerce n'a pas d'autre obligation que de s'interdire de chercher, d'une

(1) Laurin « Cours Elémentaire de Droit Commercial » 1890. Chap. II, n° 90. — Pouillet : Traité des Marques de Fabrique 1906, page 686, n° 581.

(2) *Ann. Prop. Industr.* 58.233 note. — Paris, 3 nov. 1898. — *Le Droit* 3 décembre 1898.

(3) Req., 16 mars 1886. *Gaz. Pal.* 86. 1. 719. — 21 juillet 1891. *Gaz. Pal.* 91. 2. 332 — Civ., 11 mai 1898. S. 98. 1. 265. — Cass., 3 mai 1899, D. P. 1901 1. 394. — Req., 15 juin 1897. D. 97. 1. 383. — Civ., 9 fév. 1898. D. 1903. 1. 605. 11 mai 1898. D. 1903. 1. 605. — Cass., 18 juin 1897. D. 97. 1. 383.

Civ. Rey. 11 mai 1898 (précité). *Gaz. Trib.*, 4 septembre 1898. — Cass. : 29 juillet 1908. *aGz. Trib.*, 21 janv. 1909.

(4) Cass. Ch. Civ. 17 décembre 1912. *Gaz. Trib.* 1913, 1. 83.

façon quelconque, à reprendre tout ou partie de la clientèle cédée et de garantir à l'acquéreur la paisible possession de la chose vendue.

Telle est la manière de voir des cours d'appel et des tribunaux (1). Mais quelquefois, le tribunal et la Cour d'appel apprécient d'une façon différente :

Pour le tribunal de Commerce, le détournement de clientèle à la suite du rétablissement du vendeur, est un simple trouble. Pour la Cour de Paris, c'est une éviction : le tribunal de Commerce nous semble avoir raison, l'éviction supposant en effet une défaite en justice (2).

Les bases d'appréciation des tribunaux varient : quelquefois, ils examinent si la valeur de la clientèle a été comprise dans le prix de la vente, pour décider si la vente du fonds emporte interdiction de se rétablir (3). Mais on ne comprend pas très bien comment il y a là « une renonciation en quelque sorte implicite à se rétablir ? ». Le plus souvent, ils examinent si l'on se trouve dans un rayon prohibé (4). Le voisinage, la proximité est pour eux un élément essentiel. Il y a lieu toutefois d'observer que d'après la Cour de Cassation, la question de savoir si la vente d'un fonds emporte par elle-même une telle prohibition est une question de fait, laissée à l'application des juges (5). Il est à remarquer d'au-

(1) Lyon, 25 mai 1872. D. 72. 2. 211. — Riom, 20 mars 1876. D. 76. 2. 230. — Trib.Com., Marseille, 20 mai 1879. *Rec. Marseille* 1880. 1. 96. — Trib. Com. Nantes, 9 février 1889. *Rec. Nantes* 1889. 1. 166. — Trib. Com. Nantes, 13 avril 1889. *Rec. Nantes*. 1889. 1. 337. — Rennes, 27 nov. 1893. D. 94. 2. 56. — Alger, 24 avril 1878. D. 80. 2. 7. — Bourges, 12 nov. 1889. D. 91. 2. 267. — Paris, 3 août 1892. D. 93. 2. 95. — Angers, 8 février 1905. D. 1907. 2. 170. — Bordeaux (1re chambre), 4 mars 1912, *Ann. Prop. Indust.* 1913. 1. 31, voir texte : Gaz. des Tribunaux 1912.

(2) Paris, 7 janvier 1890. D. 90. 2. 190 avec note Planiol.

(3) Cour d'appel Rennes, 16 décembre 1889. *Rec. Nantes* 1889. 12. 380.

(4) Grenoble, 10 mars 1836. S. 38. 2. 35. — Lyon, 28 août 1843. S. 43. 2. 540. — Cass. : 16 mars 1886. *Ann. Prop. Ind.* 86. 276.— Paris,14 avril 1862. *Journ. Trib. Com.* 11. 382. — *Trib. Com. Nantes*, 17 juin 1903, *Rec. Nantes*, 1903, 1. 400. — Marseille, 9 février 1904. *Rec. Marseille* 1904. 1. 148. — Marseille, 19 mai 1897. *Rec. Marseille*. 97. 1. 246.

(5) Req., 21 juillet 1873. D. 76. 1 .70.

tre part que l'on accorde très souvent au vendeur, la faculté de se rétablir, lorsque un temps très long, susceptible de fixer la clientèle cédée entre les mains de l'acheteur, s'est écoulé depuis la vente (1). Cette jurisprudence est très ancienne, et les décisions en sens contraire sont rares (2). Ce qui est vrai, c'est que la question de savoir si le vendeur, en l'absence de toute stipulation formelle, a ou n'a pas le droit de se rétablir, et de continuer l'exercice de son commerce ou de son industrie est une question de fait qui doit être tranchée par le juge en tenant compte des circonstances de chaque espèce (3).

Le vendeur, en un mot, et nous verrons l'application de ce principe dans nos explications postérieures, doit en vertu même de l'obligation de garantie, s'abstenir de tout acte qui pourrait avoir pour effet de diminuer la valeur de la chose vendue, en reprenant tout ou partie de la clientèle (4).

(1) Montpellier, 26 juillet 1844 (D. 45. 4. 337). — Nîmes, 16 décembre 1847 (D. 49. 2. 14). — Grenoble, 10 mars 1836 (D. 37. 2. 157). — Angers, 7 mai 1869. *Journal du Palais* 1870. 89. — Alger, 5 janvier 1864. S. 65. 2. 142. — Lyon, 16 décembre 1847. S. 48. 2. 627. — Cass., 29 juillet 1908 (précité). *Gaz. Trib.*, 21 janv. 1909.

(2) Trib. Comm. Marseille, 5 juin 1908. *Gaz. Pal.* 1908. 2. 438. — Trib. Com. Marseille, 9 fév. 1904. *Rec. Marseille* 1904. 1. 148.

(3) Trib. Com. Bordeaux, 24 juillet 1911. *Gaz. Pal.* 1911. 2. 260.

(4) Trib. Com. Seine, 23 mai 1910. *Gaz. Pal.* 1910. 2. 105. — *Loi*, 17 juin 1910. 2 juillet 1910. *Rec. Marseille* 1911. — 2. 20. — Trib. Com. Saint-Etienne, 20 septembre 1902. — *La Loi*, 23 oct. 1902. — Trib. Com. Saint-Etienne, 11 janvier 1905. — *Monit. Jud. de Lyon*, 26 janv. 1905. — Trib. Com. St- Etienne, 18 août 1904. *Ann. Prop. Ind.* 1905. 1. 46. — Trib Com. St-Etienne, 11 janv. 1905. *Ann. Prop. Ind.* 1905. 1. 47. — Trib. Com. Nantes, 17 juin et 15 avril 1903 *Rec Nantes* 1903. 1. 345 et 400. — Nantes, 19 janvier 1898. *Rec. Nantes*. 98. 1. 180. — Rennes, 27 nov. 1893. D. 94. 2. 56.

Paris, 3 décembre. 1890. *Gaz. trib.*. 12 décembre 1890. — Paris, 3 août 1892. D. 93. 2. 95. — Lyon, 22 juin 1893. *La Loi*, 24 janv. 1894. — Bordeaux, 13 nov. 1893. *Rec. Bordeaux*, 1894. 1. 12. — Paris, 21 nov. 1893. D. 94. 2. 93. — Rennes, 27 nov. 1893. D. 94. 2. 56. — Lyon, 18 juin 1895. S. 95. 2. 302.

Comm. Marseille, 19 mai 1897. *Rec. Marseille* 97. 1. 246. — Comm. Seine, 7 juin 1899. *La Loi*, 10 juillet 1899. — Bordeaux, 31 octobre 1899, *La Loi*, 21 nov. 1899. — Douai, 1er mai 1900. *Le Droit*, 21 oct. 1900. — Comm. Seine, 28 décembre 1903. *La Loi*, 2 fév. 1904. — Rouen, 25 janvier 1911. *Rec Rouen*. 1911. 36. — Trib. Com.

Il doit avant tout garantir à son acquéreur, la paisible jouissance de la chose vendue.

Le vendeur ne saurait donc, sans commettre un dol, le troubler dans cette jouissance par son fait personnel. C'est l'application pure et simple de l'art. 1628 du Code Civil.

C'est en vertu de ce principe, que dans l'hypothèse où le fonds de commerce dépendant de la communauté, mis en vente, à la dissolution de cette communauté, est adjugé à un étranger, les époux sont tenus à garantie comme des vendeurs, ni l'un ni l'autre des deux époux ne peut créer un établissement similaire auprès de l'établissement vendu, à une époque voisine de la vente. Ils sont en effet, vendeurs de ce fonds, et ils sont tenus des obligations ordinaires du vendeur, notamment de la garantie (1). Cette obligation particulière qui consiste à ne pas se rétablir, de manière à faire concurrence à l'acheteur découle implicitement de la licitation même, et existe alors que le cahier des charges est muet à cet égard (2).

Mêmes conséquences, si l'adjudication est prononcée au profit de l'un des conjoints ; l'autre ne pourra ensuite lui faire concurrence en fondant un établissement de même ordre. Deux principes dictent cette solution ; d'abord, celui de la garantie que se doivent les copartageants aux termes de l'article 884 du Code Civil, et qui oblige chacun d'eux à faire raison à l'autre des troubles et évictions que ce dernier

Marseille,9 avril 1900. *Gaz. Pal.* du 4 mai 1900. « Le vendeur manque à son obligation de garantie, quand il envoie une circulaire à sa clientèle pour l'aviser qu'il est seul chargé de la suite des affaires de l'ancienne maison qu'il exploitait en société. »

Cass. Ch. Civ., 17 décembre 1912. *Gaz. Trib.* 1913. 1. 83. « Arrêt relatif à la cession d'un fonds de Commerce par un associé : « A raison de l'obligation de garantie, dit cet arrêt, tout acte de concurrence est interdit à l'associé cédant, d'une manière absolue, dans un rayon déterminé. » *Arrêt précité.*

(1) Amiens, 17 juillet 1884. *Gaz. Pal.* 1885 1. supp. 73.

(2) Marseille, 2 mars 1896. *Rec. Marseille* 1896. 1. 139. « L'interdiction est la conséquence de ce principe : Que le vendeur d'un fonds de commerce s'engage tacitement à ne pas détourner la clientèle du fonds vendu. »

souffre pour « cause antérieure au partage » (1). Puis le principe de la garantie du vendeur d'un fonds, qui commande à ce dernier par le seul effet de l'obligation de garantie de ne point former un établissement similaire. De même, quand un fonds de commerce dépendant d'une société, est licité, en dehors même de toute stipulation expresse dans le cahier des charges, il paraît de toute évidence, et conformément aux principes posés, que le colicitant est tenu comme vendeur à la garantie de la chose vendue, qui l'oblige à ne pas troubler le commerce du colicitant acquéreur du fonds par une concurrence déloyale : les anciens associés ne peuvent donc pas se rétablir, de manière à détourner la clientèle au préjudice de l'adjudicataire.

Telle est dans les ventes de fonds de commerce, l'obligation légale de garantie : « Garantir la clientèe, c'est mettre à la disposition de l'acheteur les rapports d'affaires établis entre le commerçant et le public, dans l'état où ils se trouvent au moment de la vente du fonds ». (2).

Ces rapports d'affaires réelles et incorporées au fonds, en grossissent la valeur, reprendre ces relations monnayées, serait reprendre le fond vendu lui-même. Mais n'oublions pas la base même de notre théorie : le vendeur ne peut immobiliser son énergie elle-même, sa personnalité agissante sur le terrain des affaires. Seulement il devra déployer son activité sur un terrain non encore parcouru par lui, car son ancienne clientèle est et demeure la chose d'autrui. Nous ajouterons enfin, qu'il y a dans chaque espèce, une appréciation à faire des circonstances particulières dans lesquelles la contestation s'élève, et les cours feraient bien d'éviter dans le libellé de leurs arrêts ces formules qui semblent leur donner un caractère général et absolu (3).

(1) Caen, 20 janv. 1860. S. 61. 2. 73, cet arrêt fait nettement la distinction que nous reproduisons.

(2) Article de M. Hermance, *Ann. Droit. Commercial*, 1907, p. 21.

(3) Lyon-Caen et Renault. Précis de Droit Commercial, n° 686. Trib. Com. Saint-Quentin, 26 mars 1912. *Gaz. des Tribunaux*. 2. p. 100.

Celui qui, dans une grande ville, telle que Lyon ou Marseille, ayant vendu un fonds de commerce de détail situé à une extrémité, irait en établir un autre à une extrémité opposée ne manquerait pas à l'obligation de garantie. Mais il en serait autrement, si la vente avait eu lieu dans une petite ville dont la population peu nombreuse ne pouvait alimenter une maison rivale sans nuire à la première. La localité n'est donc pas indifférente et peut influer sur l'étendue de l'obligation légale de garantie.

1913. — Pour la vente d'une pharmacie. — La vente d'un pareil fonds comprend le droit pour l'acquéreur de vendre les produits que son vendeur avait spécialisés. Aussi ce dernier est tenu d'indiquer à son successeur dans quelles conditions il les présente au public : Il ne faut pas oublier qu'en nature de pharmacie, la clientèle habituée pendant un long laps de temps à avoir tel produit, préparé d'une certaine façon et présenté sous certaines apparences, exigera que l'acquéreur du fonds lui donne les mêmes produits. Le vendeur d'un fonds de pharmacie est donc tenu, à raison de la nature des produits de son fonds, d'une obligation particulière.

CHAPITRE II

Conséquences de l'obligation légale de garantie de la clientèle.

SECTION I. — *Garantie du fait personnel. — Ses diverses applications.*

Ce chapitre devrait comprendre l'étude de la garantie légale du fait personnel s'appliquant à chacun des éléments composant le fonds de commerce : marchandises et matériel, droit au bail, enseigne, nom commercial, brevets et marques de fabrique compris dans le fonds. Mais outre que cette division ne correspondrait pas à la réalité des faits, ces éléments n'étant pas indivisibles, et les uns pouvant exister sans les autres, nous aboutirions à des divisions superflues (1).

Nous dirons donc d'une façon plus générale que tout ce chapitre est dominé par un principe : le vendeur doit procurer la jouissance paisible du fonds de commerce à son acheteur : Il doit s'abstenir de tout acte susceptible de le troubler et d'entraîner sa dépossession.

En vertu de ce principe, c'est non seulement le rétablissement personnel du vendeur qui est prohibé, mais même son rétablissement indirect : Il ne peut fonder une maison sous le nom de son fils, ni lui fournir des capitaux (2)

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 239. — Trib. Com. Saint-Etienne, 21 novembre 1895. S. 97. 2. 263.

(2) Douai, 3 mai 1887. *Ann. Prop. Indust.* t. XCI, n° 11. — Riom, 20 mars 1876. S.77. 2. 50. D. 76. 2. 230. — En sens contraire : Trib. Com. Seine, 10 oct. 1890. *J. Trib. Com.* 1890. 290. Quand le vendeur fournit des capitaux à son fils, cet agissement n'est pas illicite.

s'il entre dans une maison concurrente, il ne peut avoir la procuration de ses nouveaux patrons et agir, vis à vis de la clientèle comme leur représentant (1). Cette fonction serait en effet excessivement dangereuse pour l'acquéreur, le vendeur se trouverait en contact journalier avec la clientèle, et aboutirait fatalement à ressaisir la clientèle cédée au détriment de son acquéreur.

Le vendeur ne peut se soustraire à son obligation de garantie en faisant concurrence à son acquéreur sous le nom d'un tiers (2). Ce serait là un rétablissement indirect. En un mot, le vendeur doit s'abstenir de prêter son concours à aucune industrie concurrente, soit comme associé, soit comme gérant (3). Un principe général peut être dégagé des nombreux arrêts sur la matière ; le vendeur ne doit pas se trouver en contact avec son ancienne clientèle. Il y aurait pour l'acheteur un danger très grave : le détournement de la clientèle cédée ; et c'est la seule préoccupation de tribunaux. — Le vendeur ne peut reprendre ce qu'il a cédé (4). Une pareille liberté donnée au vendeur serait contraire à la fois aux principes de la garantie et aux règles de l'équité. On peut même considérer comme une infraction à cette obligation le fait, de la part du vendeur, d'accepter et de tenir un emploi chez un concurrent (5). L'on peut se demander quelle est la situation du tiers ? Peut-il être rendu responsable de l'inexécution de l'obligation de son employé ? Incontestablement, s'il a été au courant de la situation.

(1) Trib. Com. Nantes, 13 avril 1889. *Rec. Nantes* 1889. 1. 337.

(2) Bordeaux, 30 janvier 1905. *Rec. Bordeaux*, 1905. 1. 179.

(3) Marseille, 19 mai 1897. *Rec. Marseille*, 97. 1. 246. — Trib. Com. Seine, 15 nov. 1893. *Rec. Havre*. 2. 91. — Trib. Com. Rennes, 14 mars 1913. *Gaz du Palais*, n° 25, avril 1913, p. 497. « L'obligation de garantie emporte de plein droit... interdiction de créer ou même de favoriser un établissement similaire ». — Rouen, 26 juillet 1867. S. 68. II. 146.

(4) Guillouard : Traité de la Vente et de l'Echange.

(5) Rouen, 27 nov. 1893. D. 94. 2. 56. — Trib. Com. Nantes, 9 fév. 1889. *Rec. Nantes* 1889. 1. 166. — Req., 8 nov. 1904. D. 1906. 1. 489. Note de M. Léon Lacour.

Il ne peut invoquer l'art. 1165 C. Civ., c'est-à-dire le caractère purement personnel et relatif de l'effet des conventions. Ce principe n'est pas en jeu. La source de l'obligation qui incombe au tiers de mauvaise foi, est la faute qu'il a commise en tirant sciemment parti des agissements déloyaux et illicites de son employé. Il y a entre le vendeur et le tiers, une complicité dans les manœuvres déloyales qui nécessite leur condamnation solidaire (1). Un jugement déclare même que le fait du vendeur de prendre un emploi dans un établissement rival est un concours incompatible avec les obligations qui incombent au vendeur de ne pas détourner la clientèle vendue (2).

Donc, la responsabilité du tiers n'est pas douteuse quand il ne peut ignorer que son employé avait précédemment vendu son fonds et qu'il allait ainsi reprendre une partie de la clientèle vendue (3). Il est à remarquer que la question de savoir si le vendeur contrevient à son obligation de garantie en entrant comme employé dans une maison concurrente, offre un intérêt capital dans l'hypothèse où une clause d'interdiction de se rétablir a été stipulée par les parties dans l'acte de vente. Là est le siège de la matière : Bornons-nous pour le moment aux explications qui précèdent.

L'obligation de garantie emporte-t-elle pour le vendeur l'interdiction de donner à bail un immeuble où son locataire exerce un commerce similaire à celui qu'il a cédé ?

(1) *Contra.* Paris, 11 décembre 1895. *Journ. Trib. Com.* 1896, p. 489. Les covendeurs d'un fonds de commerce indivis ne sont pas tenus à la garantie solidaire, en l'absence d'une stipulation formelle à cet égard dans l'acte de vente.

Pour la solidarité, Paris, 21 décembre 1892 : *Gaz. Pal.* Table 1892. 97, n° 77. V° vente. — Agen, 20 juin 1860. *J. Trib. Com.* 1861, p. 183.

(2) Cour d'appel Rennes, conf. jug. du tribunal com. Nantes du 15 avril 1893. 27 nov. 1893. *Rec. Nantes* 1895. 2. 61.

(3) Trib. Com. Saint-Etienne, 11 décembre 1906. *Rec. Sommaires* 1907, février 1907, p. 214.

Cour de Paris (4e Chambre), 13 juin 1912. *Ann. Prop. Ind.* Février 1913, p. 9. V°. Le texte : *La Loi*, 13 juillet 1912. — Trib. Com. Saint-Etienne, 21 mars 1899. *La Loi*, 16 mai 1899.

Nous supposerons toujours que l'acte de vente ne contient aucune clause d'interdiction. Cette question a été résolue en général par la négative (1). Dès lors que le vendeur n'est qu'un bailleur d'immeuble et qu'il n'est pas intéressé dans le commerce de son locataire « ce qu'il s'est interdit c'est de faire concurrence à son acheteur, mais il n'a pas entendu apporter d'entraves au droit qui lui appartient, d'user librement, comme propriétaire, des immeubles qu'il possède dans le même lieu ».

La question ne peut être résolue *a priori* (2). Nous voyons des arrêts tout en indiquant, que si le fait du vendeur de donner à bail un immeuble pour l'ouverture d'un commerce similaire à celui cédé, ne constitue pas à lui seul un manquement à la garantie incombant au vendeur, il n'en est pas de même lorsque la location ainsi faite paraît, à raison de la nature du fonds, de la personnalité de l'exploitant et des habitudes de la clientèle, devoir apporter un trouble dans la possession de l'acquéreur (3).

D'autres arrêts n'accordent au vendeur la faculté de louer son immeuble, même à un concurrent, que tout autant qu'il n'a fait aucune promesse de renouvellement de bail, et que ce dernier est expiré (4). En résumé, les tribunaux s'efforcent, en pareille matière, avec juste raison, comme les exemples le prouvent,de prendre l'équité pour guide et de déjouer les calculs de la mauvaise foi, en défendant au vendeur tout acte qui pourrait avoir pour résultat de détourner à son pro-

(1) Guillouard « vente » t. I. n° 384. — Ruben de Couder. Dictionnaire de Droit Commercial, p. 365, n° 58. V° fonds de Commerce.

En ce sens : Trib. Civ. Nantes, 9 août 1898. *Rec. Nantes* 1899. 1. 213. — Ici, le vendeur ne loue pas son immeuble pour un commerce similaire, il le vend et, en dehors de lui, l'acheteur y crée le commerce.

(2) En sens contraire. Trib. Com. Nantes, 5 avril 1905. *Rec. Nantes* 1906. 1. 212.

(3) Paris, 18 avril 1901. *Gaz. Trib.* 25 juillet 1901. — Marseille, 17 nov. 1884. *Rec. Marseille* 1885. 1. 28. — Nantes, 27 janv. 1909. *Rec.* Nantes, 1909. 1. 197.

(4) Havre, 7 nov. 1906. *Rec. Havre.* 1909. 1. 10.

fit une portion des choses qui ont été cédées à l'acquéreur, un des avantages sur lesquels il a dû compter (1).

Nous retrouverons du reste cette question dans la deuxième partie de notre étude.

Section II. — *La Vente après faillite comporte-t-elle l'interdiction, pour le failli, de se rétablir dans un commerce similaire, de manière à nuire à l'acheteur de son fonds* ? — Il est certain que la vente après faillite investit l'acquéreur des mêmes droits que la vente ordinaire : il acquiert tous les éléments qui composent le fonds, et plus spécialement le droit au bail (2). Il doit en être de même pour l'interdiction de se rétablir : Elle doit résulter nécessairement de la vente : telle est l'opinion généralement admise (3). « Le failli ne pourra pas se rétablir à la tête d'un commerce analogue, sous prétexte que ce n'est pas lui qui a vendu son fonds de commerce. Le syndic qui a procédé à la vente ne l'a fait qu'en qualité de mandataire légal du failli, de telle sorte que c'est celui-ci par son mandataire qui est vendeur » (4). En droit « l'obligation de ne pas se rétablir doit peser sur le failli lui-même qui est demeuré investi, jusqu'à la vente de son droit de propriété et au nom duquel cette vente est effectuée » (5), et c'est en ce sens que nous trouvons la majeure partie des arrêts (6). Par l'effet du jugement déclaratif de faillite, l'exercice des droits du failli est dévolu au syndic qui agit « comme mandataire légal du failli.

(1) Cass., 21 juillet 1873 (S. 74. 1. 197). (D. 76. 1. 70). — Alauzet, t. III, n° 1139.

(2) Comm. Marseille, 26 nov. 1894. *J. des faillites*, 1896. 281. — Com. Seine, 19 déc. 1888 *Ann. Dr. Com.* 1889. 38. — Paris 1er mai 1862. *J. Trib. Com.* 1862. 535.

(3) Guillouard, Vente loc. cit.

(4) Paris, 19 nov. 1824. S. *Coll. nouv.* 7. 2. 444. Com. Seine, 19 mars 1875, confirmé par Paris, 19 août 1876. J. C. 26. 271.

(5) Lèbre, Traité des fonds de commerce, p. 252, n° 194. Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n° 688.

(6) Civ. Rej., 21 juillet 1891. D. 93. 1. 123. Paris, 19 août 1876. *J. Trib. Comm.* 1877. 271.

Trib. Com. Seine, 13 nov. 1895. *Journ. Trib. Com.* 1897, p. 84.

Le failli doit être tenu à plus forte raison lorsqu'il est intervenu à la vente faite par le syndic et a signé la requête à fin de vente, et encore lorsque le prix de vente versé aux créanciers a servi au failli à se procurer un concordat (1). Rien n'est plus juste que cette décision : grâce au prix de la vente du fonds, le failli a obtenu sa liberté commerciale par le concordat, et il ne peut « en abuser contre ses acquéreurs ».

L'on a décidé même, que le commerçant en état de liquidation judiciaire qui « s'est opposé » à la vente de son fonds, et qui a dû toutefois la subir à la requête de son liquidateur en exécution d'un jugement contradictoire obtenu contre lui, « reste soumis aux obligations générales d'un vendeur » (2). Le syndic ès-qualités, tout en agissant par décision de justice ayant vendu en son nom et comme son représentant. Pouillet conteste cette obligation du failli sous prétexte qu'il ne l'a pas acceptée ; « celui à l'encontre duquel la vente a lieu, ne saurait faire acte de volonté ; il subit une dure nécessité à laquelle il ne peut se soustraire, et nous ne comprendrions pas qu'il vit sa liberté d'action paralysée, les moyens de refaire sa fortune... totalement anéantis.

Mais il ajoute « cela ne veut pas dire qu'il aura le droit de se rétablir à la porte de l'acquéreur de son ancien fonds... (3) » L'obligation de garantie ne pèse donc que sur le failli, et non sur les créanciers. Le syndic qui opère la vente est libre d'exercer personnellement un commerce concurren (4). En effet, il ne s'est pas engagé pour lui, mais pour la masse ou plutôt pour le failli dont il est le représentant légal

(1) Alger, 24 avril 1878. D. 80. 2. 7.

(2) Paris, 14 mai 1900. *Le Droit*, 19 juin 1900. En sens contraire : Trib. Com. Nantes, 7 septembre 1878. *Rec. Nantes*, 1878. 1. 241. — Trib. Com. Seine, 15 décembre 1888. *Le Droit Industriel* 1889, p. 142.

(3) Pouillet. Marques de Fabrique : n° 601, p. 709. — Amiens, 30 avril 1875. *Ann. Propr. Ind.* 76. 355. — Trib. Com. Seine, 23 juin 1888. — *Ann. Prop. Ind.* 90. 332. La femme du failli conserve le droit de se rétablir comme concurrente dans la même industrie.

(4) Conf. : Lèbre, Traité des fonds de Commerce, page 253.

et qu'il engage. Les créanciers ne peuvent être liés, et on ne saurait légitimement leur imposer, pris individuellement l'interdiction de se rétablir dans le voisinage du fonds vendu (1).

Il y a donc exagération évidente du principe de la garantie dans un arrêt de la Cour d'Amiens qui a décidé que l'un des créanciers du failli ne pouvait ouvrir un fonds de commerce similaire, à proximité du fonds vendu (2). Le syndic « étant le représentant légal non seulement du failli, mais de la masse ». Cette doctrine est manifestement erronée (3). Les créanciers du failli n'ont jamais eu sur le fonds que le droit de gage général de l'art. 2092, ils ne sont pas les vendeurs du fonds, parce que leur débiteur est en faillite, ce dernier seul est vendeur.

Il faut nécessairement faire une distinction dans les pouvoirs du syndic : il est le mandataire du failli pour réaliser les biens dont celui-ci est propriétaire, et mandataire des créanciers, non pour vendre, mais pour poursuivre la vente, c'est-à-dire pour réaliser dans un but d'économie, les biens du failli au nom des créanciers qui ne pourront plus exercer des poursuites individuelles. Suivant les termes même de la Cour de Cassation, les créanciers ne font que provoquer la vente des biens du failli, leur débiteur (4). Mais cette décision, qui est restée isolée, relevait cette particularité, intéressante en fait, que le créancier employait la femme du failli comme gérante.

Section III. — *Sanction de l'obligation légale du failli.* — La vente, après faillite, emporte, avons-nous dit, pour le failli l'interdiction de se rétablir dans des conditions de nature à porter préjudice à l'acquéreur. C'est là une obligation de ne pas faire, qui aux termes de l'art. 1142 C. Civ.

(1) Req., 17 mars 1840. S. 40. 1. 213. — 3 août 1868. S. 69. 1. 62.
(2) Amiens, 30 avril 1875. S. 75. 2. 213.
(3) Guillouard. Vente I. n° 322. — Lèbre : p. 253. Chap. IX. Faillite.
(4) 17 mars 1840. — 3 août 1868, arrêts précités.

« se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

Mais la dette de dommages-intérêts, due par le failli, contrevenant à son obligation, n'est pas opposable à la masse. Cette dernière ne peut être considéré ecomme son ayant cause, tenue à ce titre de subir les conséquences d'un rétablissement illicite, postérieur à la faillite et ayant causé un préjudice à l'acheteur (1).

Mais il en serait autrement, si le rétablissement était antérieur à la faillite (2). Cette hypothèse exceptée, si le failli se rétablissait et causait ainsi un préjudice à son acquéreur, celui-ci ne pourrait pas s'en prévaloir, à l'encontre de la masse, pour ne pas payer son prix (3).

Section IV. — *Détermination exacte de l'obligation légale du vendeur de ne pas fonder de commerce similaire, sa portée et ses limites.* — Nous avons ainsi examinée la garantie légale de la clientèle : c'est là, à proprement parler, la garantie du fait personnel du vendeur ; elle est toujours due, alors même que la garantie d'éviction serait supprimée.Le vendeur répond toujours de son fait personnel ; il ne peut ni troubler, ni évincer l'acheteur, alors même qu'il aurait stipulé qu'il ne serait pas garant ; cette convention peut bien l'exonérer de la garantie du fait d'un tiers, mais non de la garantie de son propre fait ; il y aurait dol de sa part à se réserver le moyen de reprendre ce qu'il a vendu, ou d'empêcher l'acheteur d'en tirer tout le parti possible (4).

Mais l'obligation pour le vendeur de ne pas fonder de commerce similaire ne pèse sur lui que dans la mesure où la création de cet établissement ferait concurrence au fonds

(1) Paris, 29 janvier 1903. *J. des faillites*, 1903. 247.

(2) Lyon, 28 juillet 1900. *Mon. Jud. Lyon*, 15 janvier 1901.

(3) Cass. 11 août 1857. D. 57. 1. 342. — Paris, 29 janv. 1903. *Gaz. Trib. Rec.* 1903, 1er Sem. 2, 447. — Lyon-Caen et Renault, VIII, n° 688. — Boistel, n° 911.

(4) Planiol, Traité de Droit Civil, t. II, p. 487.

de commerce par lui vendu (1). MM. Aubry et Rau déclarent « l'obligation de garantie... ne peut être invoquée que si le nouvel établissement est susceptible de porter préjudice à celui vendu » (2). Ce qu'exige simplement l'obligation de garantie, c'est que le vendeur s'abstienne de faire le commerce dans des conditions telles, que la clientèle de son ancien fonds puisse s'en trouver diminuée (3).

Il n'y a à tenir compte du nouvel établissement du vendeur qu'autant qu'il a été dommageable pour l'acheteur du fonds de commerce. « Les tribunaux ont donc à examiner si le vendeur s'est établi de nouveau dans un lieu assez proche du fonds vendu et dans un temps assez voisin de la vente pour causer un préjudice à l'acheteur ».

Les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation : le voisinage (4) et le laps de temps (5) écoulé depuis la vente sont pour eux des bases suffisantes pour inspirer leurs décisions. Les juges du fait apprécient, à l'exclusion de la Cour de Cassation, s'il peut y avoir un préjudice subi par l'acheteur : c'est là une question de fait, non une question de droit, et si les juges du fait décident que l'acheteur n'a subi aucun trouble par suite de la création de cet établissement, leur décision est souveraine, et la Cour de Cassation ne peut la réviser (6).

(1) Guillouard « Vente ». Lyon 16 décembre 1847. S. 48. II. 627. D. 49. II. 14. — Alger, 5 janvier 1864. S. 65. 2. 142.

(2) Aubry et Rau, t. V. n° 355.

(3) Marseille, 8 oct. 1863. *Rec. Marseille*, 1862. t. XL. 1, 305, 16 janvier 1863. 1863. 1. 305. — Toulouse, 16 mars 1889. *Gaz. Trib. Midi*, 14 avril 1889.

(4) Bordeaux, 30 janv. 1905. *Rec. Bordeaux*, 1905. 1. 172. — Paris, 18 avril 1901. *Gaz. Trib.*, 25 juillet 1901. — Lyon, 21 février 1901. *Gaz. Trib.* du 30 août 1901. — Grenoble, 10 mars 1836. S. 38. 2. 35. D. 37. 2. 157. — Riom, 20 mars 1895. *Rec. Riom.* 1895. p. 246. — Lyon, 23 juillet 1896. S. 97. 2. 263.

(5) Trib. Bar-sur-Aube, 26 nov. 1897. *Gaz. Pal.* 98. 1. 188. Pour un vendeur se rétablissant immédiatement et sur place ». — Angers, 7 mai 1869. D. 70. 2. 7. — D. 69. 2. 168.

(6) Cass. 23 juillet 1873. S. 74, 1. 197. — D. 76. 1. 70.

CHAPITRE III

Vente d'une Usine. — Particularités.

La vente d'une usine emporte-t-elle pour le vendeur les mêmes obligations que pour le vendeur de tout autre fonds ? L'opinion suivante a été émise : entre la vente d'une usine, d'une fabrique, et celle d'un fonds de commerce, il y a cette différence : la première n'est en général réputée comprendre que le matériel mobilier et immobilier nécessaire à l'exploitation d'une industrie, tandis que celle d'un fonds de commerce comprend principalement l'achalandage et la clientèle d'où il résulte que celui qui a vendu une usine ne s'interdit pas d'en élever dans le voisinage une autre semblable (1). C'est l'opinion de MM. Aubry et Rau (2). « La vente d'une usine ne comprend de sa nature, que les bâtiments et les objets nécessaires à son exploitation, tandis que la vente d'un fonds comprend l'achalandage, qui en forme un des principaux éléments ». La Cour de Cassation juge que l'établissement d'une nouvelle usine n'est que le résultat « du libre exercice d'une industrie licite et du droit de propriété » (3).

Ainsi formulée, dans ces termes absolus, cette théorie nous paraît inacceptable. Sans doute, il arrive souvent, dans la vente d'une usine, que le prix n'est fixé qu'à raison de la valeur de l'immeuble et de l'outillage. Il est certain alors que le vendeur peut construire immédiatement une usine

(1) Civ. Cass., 17 juillet 1844. S. 44. 1. 678. — Rendu, Droit Industriel, n° 701. — Article de M. Bozerian dans *Prop. Ind.* n° 415.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 355, texte et note 2, p. 369. Dans ce sens V° aussi : Cass. 13 juillet 1840. S. 40. 1. 586. D. 40. 1. 258.

(3) Arrêt du 17 juillet 1844 (précité).

semblable à celle qu'il a vendue, car il ne diminue en rien, la valeur de celle-ci ; et nous reconnaissons que ce sera le cas le plus fréquent (1).

Mais deux ordres de fait peuvent produire un résultat tel que la création d'une nouvelle usine soit une cause de dépréciation pour l'ancienne, et alors, sans qu'il soit besoin de stipulation dans l'acte, le vendeur sera tenu à garantie à raison de cette création : 1° d'abord, si l'usine vendue est seule dans la région, et qu'elle se procure, dans cette région, les matières premières, le combustible et la main-d'œuvre qui lui sont nécessaires. « La valeur de ces établissements dépend de la faculté qu'ils trouvent dans leur situation pour se procurer le combustible, le minerai, la main-d'œuvre » (2).

Nous croyons alors que le vendeur qui crée une usine rivale, manque à son obligation de garantie.

2° L'usine vendue écoule ses produits dans la région où elle est située, et fait son commerce sans aucune concurrence. Le monopole de fait que sa situation lui assurait au moment de la vente ne peut être détruit par le vendeur, qui en créant une usine nouvelle, fera baisser les prix ou diminuera la vente de la marchandise fabriquée, et entraîne ainsi nécessairement une diminution notable dans le chiffre des affaires.

L'étude de la garantie du fait personnel nous a permis de dégager le principe qui domine toute la question : le vendeur doit s'abstenir de tout acte qui troublerait l'acheteur et diminuerait l'utilité de la chose vendue (3). Ce principe con-

(1) En ce sens : Nancy, 27 décembre 1900. Rec. Besançon 1901. 27. « L'usine n'est pas un établissement dit achalandé, et ne comprend pas une clientèle locale ».

(2) Arrêt de 1844 (précité).

(3) Trib. Com. Le Havre, 26 janv. 1891. *Rec. Havre* 1891. 1. 79. Pour un libraire ayant vendu la succursale de son fonds créée à proximité d'un lycée et qui fait distribuer après la vente, à la porte même de ce lycée, des prospectus portant la mention « La maison n'a pas de succursale ».

duit à décider que ce n'est pas seulement le détournement direct de la clientèle qui est interdit, mais même tous ces actes multiples, indéfinissables et revêtant mille formes que l'on veut atteindre sous la formule générale : « Le vendeur ne peut ressaisir même indirectement sa clientèle ». Deux droits sont à considérer : celui du vendeur à se rétablir, et celui de l'acquéreur à ne pas voir son commerce contrarié. L'obligation légale de garantie s'appliquant au fait personnel doit effectuer la conciliation heureuse de ces deux droits en présence : le vendeur, sans doute, jouit de la plénitude de la liberté commerciale, mais son droit n'est pas moins limité par la partie même de la vente qui comprend la clientèle. Le vendeur s'est donc engagé, en vertu de son obligation légale de garantie, à ne pas inquiéter son successeur « et à ne pas entraver le libre fonctionnement de l'entreprise cédée ». (1). L'étude de la garantie légale du fait personnel peut paraître incomplète, aussi avons-nous jugé nécessaire d'indiquer au début même du chapitre II (chap. II. page 25, section I) le motif pour lequel la garantie du fait personnel ne pouvait être étudiée en ce qui concerne chaque élément compris dans le fonds vendu. Nous retrouverons nécessairement les diverses questions à examiner, dans notre chapitre IV réservé à l'étude de la garantie d'éviction, en signalant dans le cours de notre étude ce qui se rapporte plus particulièrement à la garantie légale du fait personnel.

(1) A Hermance. *Annales Droit Commercial.* 1907, p. 21.

CHAPITRE IV

Garantie d'éviction.

SECTION I. — *Définition. — Distinction du trouble de droit et du trouble de fait.* — C'est encore une conséquence de l'obligation que contracte le vendeur de procurer à l'acheteur la possession paisible (art. 1625) et la propriété de la chose vendue. « La garantie d'éviction désigne le trouble apporté à l'acheteur par un tiers (1) ». Lorsque l'acquéreur est troublé dans sa possession, il peut se retourner contre son vendeur. Le vendeur n'est pas responsable des simples troubles matériels, ou troubles de fait, même lorsqu'ils ont entraîné la dépossession de l'acheteur (2). Contre ces voies de fait, l'acheteur trouve dans les lois une protection suffisante : c'est à lui de s'en défendre. Le vendeur ne répond que des troubles de droit, c'est-à-dire des troubles consistant dans la prétention qu'émet un tiers d'avoir la propriété de la chose ou un droit sur la chose. Ces distinctions doivent s'appliquer à la vente d'un fonds de commerce.

L'acheteur ne peut se retourner contre son vendeur à raison de la concurrence illicite qui peut lui être faite ; il est, en effet, suffisamment protégé par l'action en concurrence déloyale, sans préjudice de l'action en contrefaçon, s'il est porté atteinte aux droits qu'il tiendrait d'un brevet ou d'une marque qui lui auraient été cédés en même temps que le fonds.

SECTION II. — *Existence d'un nantissement sur le fonds.* — Un tiers peut invoquer à son profit un nantissement inscrit avant la vente, en admettant, ce qui nous paraît certain, que le

(1) Planiol : Traité de Droit Civil, t. II, n° 1478 note.
(2) Boutaud et Chabrol, 2e partie, p. 150, n° 141.

créancier nanti ait un droit de suite. Quelle sera donc la situation ? Trois hypothèses doivent être soigneusement distinguées : 1° *Le vendeur a déclaré que le fonds était franc et libre de tout nantissement* (1). L'acquéreur qui découvre qu'en réalité il existe des inscriptions est en droit, non seulement de suspendre le versement de son prix, mais encore d'agir en résolution. Mais il n'y a pas ici l'intervention des règles de la garantie ; l'acheteur ne fait qu'invoquer l'application de l'art. 1184 C. Civ. « la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques..... » Il puise le droit dans le manquement du vendeur à un engagement formel : celui de lui livrer un fonds libre d'inscription de privilège.

2° hypothèse. *Le fonds n'a pas été vendu comme franc de toute inscription.* Nous supposerons l'existence d'une inscription de privilège du précédent vendeur.

La loi de 1909 a fait du privilège du vendeur d'un fonds une véritable hypothèse mobilière « ce n'est pas un véritable nantissement, car il n'y a pas de gage sans dépossession, le gage à l'opposé de l'hypothèse, suppose la mise en possession du créancier » (2). Il faut donc traiter l'acquéreur d'un fonds de commerce qui découvre, après coup, l'existence d'une inscription de privilège grevant le dit fonds, comme un acquéreur d'immeuble auquel serait révélée une inscription d'hypothèque portant sur cet immeuble (3).

Observons d'abord que, comme en matière hypothécaire, la simple menace d'éviction, qui ne se serait pas encore manifestée par l'action du créancier nanti, ne permettrait pas

(1) Trib. Com. Seine, 3 décembre 1909. *Gaz. du Palais* 1911, t. I, parag.141. — Par analogie : Grenoble, 26 mai 1886, *Rec. Grenoble*, 1886. 220.

(2) M. Bouvier-Bangillon. *Rec. des Lois Nouvelles*. 1909. 1. 24. — *Loi* de 1909 art. 12 et 22.

(3) Trib. Com. Seine, 3 décembre 1909 (précité). En l'espèce, l'acheteur se refusait à prendre possession, sous prétexte que son vendeur lui doit garantie de l'éviction à laquelle il serait exposé s'il entrait en possession, et subordonne cette prise de possession à la justification de la mainlevée de l'inscription dont s'agit.

d'exercer immédiatement le recours en garantie (1). Il faudrait que l'acheteur attende la sommation de payer du créancier nanti, car jusque là, il n'est pas troublé ; et le vendeur peut empêcher le trouble de naître, en payant le créancier nanti. Si, sur la sommation de payer à lui adressée par le précédent vendeur ou un créancier gagiste en vertu de l'art. 16 de la loi du 17 mars 1909, l'acquéreur délaisse le fonds, il pourra exercier contre son vendeur, et dans les limites de l'art 1630 C. Civ., l'action en garantie prévue par l'art. 2178, aux termes duquel « le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi l'expropriation de cet immeuble, a le recours en garantie, tel que de droit, contre le débiteur principal ». L'acquéreur du fonds pourra donc réclamer à son vendeur : la restitution du prix, s'il l'a déjà payé, ou la restitution de la fraction déjà réglée et la remise des billets souscrits représentant le solde du prix de vente. Les frais exposés sur la demande en garantie et les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat.

Si donc, le précédent vendeur ou un créancier nanti n'adresse aucune sommation de payer à l'acquéreur du fonds, ce dernier venant à découvrir l'existence d'une inscription, cette découverte ne lui confère pas le droit de demander la résiliation. Mais le risque d'éviction l'autorisera à exiger de son vendeur, que celui-ci lui justifie de la mainlevée des inscriptions existantes, et, à défaut, à suspendre jusque là le paiement de son prix s'il ne l'a pas encore versé, ou le paiement du solde, s'il n'en a acquitté qu'une partie (2). Mais ce n'est pas en vertu de l'art. 1626 C. Civ. (3). Cet article vise :

1°) une éviction née et non point une éviction éventuelle,

2°) le cas où le vendeur devait garantir l'acheteur des

(1) Douai, 8 mai 1891. D. 92. 2. 541.

(2) Bordeaux, 24 oct. 1899. D. P. 1901. 2. 20. (rendu en matière hypothécaire).

(3) Trib. Com. Seine, 3 décembre 1909. *Gaz. Pal.* 1911. 1. 141.

charges prétendues sur l'objet vendu, et non déclarées lors de la vente. L'on ajoute que l'on ne saurait assimiler aux charges susvisées l'existence d'une inscription d'un privilège ; et l'on dit : cette inscription n'avait pas besoin d'être déclarée lors de la vente, l'acheteur étant légalement présumé la connaître. Cette solution est contestable, car la jurisprudence décide formellement que l'existence d'une inscription hypothécaire non déclarée est assimilable à celle d'une charge non déclarée et donne lieu au recours en garantie visé par l'art. 1626 C. Civ. (1).

Quant à l'argument consistant à dire que cet article ne s'applique pas parce que l'acquéreur d'un fonds de commerce et présumé légalement connaître, grâce au système de publicité organisé par la loi de 1909, les inscriptions qui le grèvent, il est inopérant ; car la connaissance que l'acquéreur a pu en avoir ne peut pas équivaloir à une dispense de garantie. En effet, la jurisprudence et la doctrine estiment l'action en garantie de l'art. 1626 recevable même à raison de la non déclaration d'hypothèques soumises à l'inscription « La règle « que le vendeur doit assurer à son acquéreur la libre possession... ne doit pas recevoir d'exception lors même que la dépossession proviendrait de la situation hypothécaire du vendeur, connue de l'acquéreur, au moment de la vente » (2).

Le vendeur, en effet, avait le pouvoir et le devoir de faire disparaître le danger de l'éviction en dégageant l'immeuble des hypothèques (3). Mais l'acquéreur n'aurait pas droit à la garantie au cas où son vendeur lui aurait « expressément » fait connaître les inscriptions : cette déclaration expresse équivaut à une véritable clause de non garantie (4);

(1) Cass., 18 mars 1895. S. 96. 1. 313. Req. : 11 mai 1898. D. 99. 1. 223. D. 95. 1. 505.

(2) Bourges, 20 décembre 1897. Sirey. 1898. 2. 77.

(3) Dans le même sens que l'arrêt précité : Toulouse, 27 août 1834. S. 35. 2. 325.

(4) En ce sens : Aubry et Rau, t. IV, page 383, note 50. — Duvergier,

cette solution repose sur le motif que l'acquéreur n'a pas dû compter que le vendeur payerait ses créanciers et rapporterait la mainlevée des inscriptions. De telle sorte que, l'éventualité d'une éviction ne pouvait pas ne pas avoir été prévue par l'acquéreur (1).

La doctrine ancienne admettait que la connaissance qu'avait eue l'acquéreur des hypothèques, comme de toute autre charge, lui enlevait droit à la garantie. « Il y a un cas, écrivait Pothier, auquel le vendeur n'est pas tenu, en cas d'éviction, à indemniser l'acheteur, s'il ne s'y est pas expressément obligé par le contrat..... si le vendeur pouvait justifier que l'acheteur, lors du contrat de vente, savait que l'héritage n'appartenait pas au vendeur, ou qu'il était grevé de certaines hypothèques » (2).

Une difficulté particulière se présente pour un acquéreur d'un fonds dont le prix était payable partie comptant, partie à terme, et est suscitée par l'art. 22 de la loi de 1909, II[e] alinéa. « L'acquéreur qui veut se garantir des poursuites des créanciers inscrits est tenu de leur notifier le montant des créances inscrites, avec déclaration qu'il est prêt à acquitter sur le champ les dettes inscrites jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non ». Or, si cet acquéreur est exproprié, à son recours en garantie, ne peut-on pas lui objecter qu'il ne dépendait que de lui d'éviter l'éviction qu'il redoutait en usant de la faculté de purger que lui reconnait cet art. 22 ? Cette objection est fondée en apparence. Mais on peut dire que cet acquéreur est dans l'impossibilité d'user d'une procédure de purge, sans perdre le bénéfice du terme sur lequel il a dû compter, et comment

Traité de la vente, t. I, n° 319. — Guillouard, De la vente, t. I., n° 401. — Huc, Comment théor. et pratiq. C. civ. t. X, n° 115, *in fine*.

(1) En ce sens : Grenoble, 19 janvier 1900, D. 1900. 2. 319.

(2) Pothier : Traité du Contrat de Vente, n° 187, édit. Bugnet, t. III, p. 79. — En ce sens : Merlin, garantie, p. 7. 2°. — Marcadé, t. V, sur l'art. 1629 et suiv. — Laurent. Princip. de Droit Civil. t. XXIV, n° 261.

Troplong : admet la nécessité d'une déclaration pour les hypothèques consenties par le vendeur lui-même, et non pour celles pro-

lui refuser le recours en garantie ? De plus, si l'échéance est arrivée, l'acquéreur pourra se refuser de payer, tant que le vendeur n'aura pas fait cesser le risque d'éviction en lui justifiant de la mainlevée des inscriptions (1).

Il nous reste à envisager la 3e et dernière hypothèse : *Les inscriptions n'ont pas été déclarées par le vendeur.* L'acquéreur pourra exercer contre son vendeur l'action en garantie prévue par l'art. 1626 du Code Civil dans les limites de l'art. 1630 du même code (2).

Ces idées s'apliqueraient au cas où l'acquéreur, au lieu de poursuivre lui-même la purge, subirait la purge forcée avec surenchère du sixième organisée par l'art. 5 de la loi de 1909. Si donc l'acquéreur surenchéri demeure adjudicataire à la suite de la revente sur surenchère, il pourra recourir contre son vendeur pour se faire rembourser 1°) ce qui excède le prix stipulé dans l'acte de vente, qui constitue son titre. 2°) L'intérêt de cet excédent à compter du jour de chaque paiement, d'après l'art. 23 de la loi du 17 mars 1909, disposition inspirée de l'art. 2191, C. Civ. 3°) Les frais nécessités par la surenchère. D'après le droit commun, il pourrait aussi demander des dommages-intérêts, à raison de l'éviction qu'il a subie. Il ne semble pas que le législateur ait voulu lui refuser ce droit, en ne parlant que de l'excédent du prix et des intérêts. Indiquons d'ailleurs qu'en pratique la question de l'éviction résultant de l'existence d'un nantissement ne se posera pas souvent, car l'acheteur ne paiera son prix que contre mainlevée des nantissements.

Section III. — *Garantie du droit au bail. — Son importance.* — L'obligation de garantie s'aplique aussi en ce qui concerne le droit au bail.

Et tout d'abord, il convient d'examiner l'importance que présente le droit au bail.

venant des précédents propriétaires (De la vente t. I, n° 418 et 477).

(1) Bourges, 21 décembre. 1825. D. 27. 2. 122.

(2) En ce sens : Cass., 11 nov. 1891. D. 92. 1. 293. — Cass. 18 mars

Le droit au bail « constitue un des éléments du fonds », car la propriété d'une maison dépend surtout de sa situation au centre d'une ville, dans une rue passagère, dans un quartier aristocratique ou populaire ; de la durée prolongée de son exploitation dans un même local (1). Un fonds de commerce sans droit au bail perdrait la plus grande partie de sa valeur.

L'importance commerciale du droit au bail est très variable. Elle est très grande quand il s'agit d'un café, d'un hôtel, d'une boutique et même de certaines industries dont l'exercice n'est possible que dans le voisinage de certains gisements minéraux, d'un chemin de fer ou d'un cours d'eau. En pareil cas, il arrive souvent que l'objet principal du commerce exercé dans l'établissement est le droit au bail : théâtres, buffets des gares, établissements d'eaux thermales, et emplacement dans les marchés. On peut alors dire que la valeur du fonds est presque uniquement dans le local où il est installé.

Mais l'importance du droit au bail est le plus souvent très restreinte, pour le commerce de gros et pour les maisons de banque ou de commission : Sans doute, ces maisons peuvent avoir grand intérêt à se trouver dans tel quartier plutôt que dan tel autre, à jouir de locaux spacieux et bien aménagés. Mais c'est ici une question très secondaire, car les locaux servent simplement à l'accomplissement des opérations commerciales. Ils ne sont que des moyens et ne constituent pas le but du commerce. Il est à remarquer que certains auteurs ont exagéré l'importance du droit au bail (2). Cette exagération vient de ce qu'ils ont généralisé avec outrance une remarque vraie seulement pour le commerce de détail.

Quoiqu'il en soit, le droit au bail des lieux où s'exploite le commerce est considéré en général comme une « partie indi-

1895. *Gaz. Pal.* 95. 1. 495. S. 96. 1. 313. D. 95. 1. 505. — En matière de ventes d'immeubles grevées d'inscription non déclarées.

(1) Boutaud et Chabrol, p. 57.

(2) Lèbre, page 81. — Alauzet, t. II, n° 68.

visible du fonds » (1). Il n'y a pas à distinguer entre le commerce de détail et le commerce de gros. Il n'y a pas à rechercher si le *pas de porte* forme ou non la partie essentielle du fonds, de telle sorte que la cession du bail et la cession du fonds sont réputées indivisiblement liées l'une à l'autre, bien qu'elles soient faites par acte séparé, et la nullité de l'une entraîne la nullité de l'autre, comme étant les deux parties intégrantes d'une opération unique (2). Aussi, l'on a décidé que le tribunal de commerce est même compétent pour connaître des constatations qui s'élèvent entre le vendeur et l'acheteur, sur la mise en possession du bail, et sur sa résiliation « le bail des lieux où s'exploite l'établissement formant l'accessoire nécessaire et inséparable de la chose vendue » (3).

Section IV. — *Situation respective des parties. — Hypothèses à distinguer.* — L'utilité du droit au bail ainsi examinée, il nous faut envisager la situation respective des parties en cause : du vendeur et de l'acheteur. Deux hypothèses doivent être distinguées : 1°) *Le bail existant entre le vendeur et le propriétaire ne contient aucune clause subordonnant la cession du droit au bail au consentement de ce dernier.* Un tiers se rend acquéreur du fonds. La vente du fonds entraîne de plein droit la cession du droit au bail à son profit. C'est au vendeur qu'il appartient de réaliser la subro-

(1) Rapport présenté au Sénat par M. Thézard (D. 98. 4. 21 3e colonne).

(2) Rouen, 9 juin 1828, D. 30. 2. 102. — Paris, 2 mai 1855, *Gaz. Trib.* 17 janvier 1856.— Paris, 12 juillet 1863, *Journ. Trib. Com.* 1868, p. 383. — Paris 2 août 1866. S. 67. 2. 226. D. 68. 2. 75. — Cass., 14 avril 1868. S. 68. 1. 267. D. 68. 1. 348. — Cass, 8 juillet 1872. D. 72. 1. 394. — Rouen, 13 sept. 1844. D. 45. 4. 7.

Limoges, 7 décembre 1868. — 8 juillet 1872 sous cassation. S. 72. 1. 292. — En sens contraire : Amiens, 29 janv. 1898. *Gaz. Pal.* 98. 1. 561.

Paris, 5 décembre 1864. S. 65 2. 140. — Rouen, 5 juillet 1883. *Gaz. Pal.* 83. 2. 389.

(3) Trib. Com. Seine, 27 mars 1856. *Journ. Trib. Com.* 1856, p. 293. — Trib. Seine, 30 janvier 1850. *Journ. Trib. Com.* 1852 p, 414. — Paris, 27 juin 1850. *Journ. Trib. Com.* 1852 ,p. 414. — Trib. Com. Seine, 22 avril 1851, et Paris 22 juillet 1852. *Journ. Trib. Com.* 1852. p. 414.

gation de l'acquéreur à son bail. S'il ne peut y parvenir, la vente doit être résolue (1). Il y a éviction partielle, sans doute, le droit au bail ne formant qu'un des éléments du fonds de commerce, mais la loi autorise la résolution lorsque l'éviction est « de telle importance que l'acquéreur n'aurait pas acheté » s'il avait pu la prévoir : elle le dit dans l'art. 1636 pour l'éviction partielle de propriété et le répète dans l'art. 1638 pour l'éviction des servitudes. Le droit au bail peut être considéré comme la cause déterminante de l'achat, à raison même de la nature du commerce faisant l'objet de la vente (2). Pour les cafés, les fonds de liquoriste, le droit au bail s'identifie à tel point, pour ces sortes de commerce, avec le fonds lui-même, qu'un jugement n'hésite pas à dire « la vente du fonds doit être résolue, faute de délivrance du dit fonds » (3). Mais si le vendeur ne cède point le droit au bail, l'acquéreur devra s'assurer que le propriétaire consentira à lui louer le local dans lequel est situé le fonds ; et si le propriétaire s'y refuse, le vendeur ne peut encourir des dommages-intérêts, car sa responsabilité n'est pas engagée (4) : en ne cédant pas le droit au bail, à son acheteur, il a laissé à ce dernier le soin de traiter directement avec le propriétaire (4). Toutes ces décisions s'inspirent du principe posé plus haut : sauf clause contraire, la vente d'un fonds de commerce comprend implicitement la cession du droit au bail; en son absence la vente doit être résolue, car l'acheteur ne peut obtenir un des avantages sur lequel il était en droit de compter. De plus, le vendeur ne peut accomplir, en ce qui concerne le droit au bail, aucun acte susceptible de déposséder son acheteur de cet avantage (5). Il ne peut donner congé au propriétaire

(1) Trib. Com. Marseille, 9 mars 1898, *Rec. Marseille*, 98. 1. 414. Montpellier, 22 décembre 1894. *Mon. Midi*, 14 avril 1895. — Nantes, Trib. Com. 8 août 1896. *Rec. Nantes* 1896. 338. — Nantes Trib. Com., 8 août 1896. *Rec. Nantes* 1896 1. 399.

(2) Jugements précités : particulièrement Montpellier, 22 déc. 1894. — Marseille 29 juin 1898. 1. 414. *Rec. Marseille.*

(3) Montpellier, 22 décembre 1894 (précité).

(4) Trib. Com. Bordeaux, 10 févr. 1905. *Mém. Bordeaux*, 1905. 1. 105.

(5) Trib. Com. Seine, 22 avril 1902, *La Loi*, du 16 mai 1902.

pour la période en cours lors de la vente : en agissant ainsi, le vendeur a disposé d'un droit dont il n'était plus le titulaire, et encourt la résiliation, même si locataire principal par bail de 3, 6, 9, à sa volonté, il donnait congé, au lendemain de la vente pour la fin de la première période (1). Il y a de plus dans tous ces cas des dommages-intérêts.

Nous indiquerons et cette hypothèse ne demandera que de très courtes explications, que le vendeur se trouvant garant de l'existence même du droit au bail, la vente est nulle et inexistante (d'après certaines décisions), quand elle a été contractée sur la foi de l'existence d'un bail que le vendeur ne possède pas (2). Ordinairement, l'acheteur est d'autant plus fondé à poursuivre la nullité de la vente à raison de l'inexistence du droit au bail, que le profit espéré de cette cession, se trouve compris dans le prix de vente du fonds (3). Donc, la cession du droit au bail, dans le cas où le bail ne contient aucune clause subordonnant cette cession au consentement du propriétaire est subordonnée tacitement à l'adhésion de c edernier. Le vendeur a l'obligation d'assurer la subrogation du bail et au cas où il ne peut la réaliser, la vente du fonds doit être résolue avec dommages et intérêts mais si hypothèse, du reste fort rare, l'éviction du droit au bail n'est pas assez forte pour entraîner la résolution, ou si l'acheteur ne la demande pas, il faudra appliquer l'art. 1637 C. Civ., aux termes duquel, l'acheteur recevra une indemnité calculée d'après la « perte réelle » que lui cause l'éviction. Indiquons que dans le cas où la cession du bail est réalisée, le concessionnaire acquiert une action directe contre le bailleur (4).

(1) Com. Seine, 22 avril (jug. précité). *Gaz. Pal.*, 31 mai 1902. — Marseille, 12 mai 1896. *Rec. Marseille*, 96. 1. 212, voir texte. *Gaz. Trib.*, 27 mai 1902.

(2) Marseille Trib. Comm., 8 février 1912. *Rec. Marseille*, 1912. 1. 206. — En ce sens : Marseille, 12 mai 1896 (précité). — 99. 1. 23. — 8 août 1900. 1900. 1. 367. — 9 oct. 1905. 1906. 1. 29. — Paris, 29 avril 1873. *Journ. Trib. Com.* 1873, p. 422. — Com. Seine, 15 nov. 1902. *La Loi*, 20 janvier 1903.

(3) Trib. Com. Marseille, 23 mars 1900, *Rec. Mars.* 1900. 1. 208.

(4) Cass., 4 novembre 1863. S. 63. 1. 539. — 23. mai 1870. S. 70. 1.

Mais le vendeur n'est pas libéré vis-à-vis du propriétaire à moins qu'une résiliation de bail ne soit intervenue et que ce dernier ait renoncé à ses droits contre lui (1).

Section V. — 2° Hypothèse : *Le bail contient une clause interdisant de le céder où la cession n'est possible qu'avec le consentement du propriétaire.* — Cette clause a une influence radicale sur la vente du fonds avec droit au bail : la vente est conditionnelle, subordonnée à l'agrément du propriétaire et jusqu'à ce moment dit un arrêt, il n'y a « qu'une vente sous condition suspensive et en cas de refus du propriétaire, le vendeur est dégagé rétroactivement » (2). La vente est nulle et non avenue, de même sera réputée nulle la vente d'un fonds, faite sous la condition reconnue par les parties, que l'acheteur obtiendra du propriétaire une prolongation du bail, si ce dernier se refuse à faire cette concession (3). Quant le bailleur a interdit au preneur de sous-louer et de céder son fonds sans autorisation, s'il n'a pas usé de son droit lors d'une sous-location et d'une cession de fonds, il ne s'ensuit pas qu'il y ait renoncé pour l'avenir (4). Le consentement exprès du propriétaire est exigé, et la circonstance que le vendeur était lui-même un sous-locataire n'équivaut pas à ce consentement, décision superflue, car il est évident que le consentement n'a d'effet que pour la sous-location à l'occasion de laquelle il a été donné, et laisse subsister la prohibition pour toutes les autres sous-locations ultérieures (5).

283. — 19 juin 1876. S. 76. 1. 465. — En ce sens, Aubry et Rau. t. IV, n° 368, p. 492. — Guillouard, Louage I, n° 310. — En sens contraire : Laurent XXV, n°s 200 et suiv. — Planiol, Traité de Droit Civil 2e édition, II, n° 1747.

(1) Lyon, 30 juin 1887. D. 88. 2. 59. — S. 89. 2. 180. — 12 juin 1895. *Gaz. Trib.*, 25 sept. 1895. — 6 février 1898. *Gaz. Trib.*, 3 juillet 1898.

(2) Marseille, 26 octobre 1898. *Trib. Com. Rec. Marseille* 1899. 1. 23. — Marseille, 9 octobre. 1905. *Rec. Marseille* 1906. 1. 29. — Nantes, Trib. Com. 12 août 1885. *Rec. Nantes* 1886 1. 73. — Nantes Trib. Com. 6 mars 1893. 1. 195. *Rec. Nantes* 1893. — Nantes, 13 nov. 1895. 1. 27. *Rec. Nantes*, 96. — Nantes, 8 8 août 1896. 1. 338. *Rec. Nantes* 96.

(3) Paris, 16 décembre 1873. *Journ. Trib.è Com.* 1874, p. 236.

(4) Trib. Com. Marseille, 8 août 1900. *Rec. Marseille* 1900. 1. 367.

(5) Nantes, 13 nov. 1895. *Rec. Nantes* 1896. 1. 27. — Nantes, 12 août

L'acquéreur du fonds ne peut pas se plaindre du défaut d'acceptation du bailleur tant qu'il n'est pas inquiété. Tant qu'il n'est pas troublé dans sa jouissance, le sous-locataire n'en doit pas moins payer ses loyers (1). Il ne pourra donc exercer un recours contre son vendeur, que tout autant que le propriétaire lui opposera la clause d'interdiction de sous-louer en exigeant son consentement.

Certains arrêts, en ce qui concerne le recours de l'acquéreur, offrent des particularités curieuses : ils refusent toute action à l'acquéreur. La nullité disent-ils, doit être prononcée « aux torts et griefs des deux parties » qui devaient se préoccuper l'une et l'autre de l'éventualité qui s'est réalisée, le refus d'autorisation du bailleur devait entrer dans les prévisions de l'une et l'autre des parties, et l'acheteur a pour sa part commis une faute en s'y exposant « la vente ne pouvant sortir son effet par suite d'une cause en dehors du contrôle des parties, vendeur et acheteur » (2).

Une difficulté particulière se présente au cas où le bail consenti au vendeur, porte une clause interdisant la cession du bail sans « le consentement écrit » du propriétaire. Faut-il appliquer cette clause d'une façon rigoureuse ? Ne peut-on pas faire résulter ce consentement de plusieurs circonstances, équivalant à l'apposition de la signature du bailleur ?

C'est la solution admise par la Cour de Cassation, les Cours d'Appel et les tribunaux (3). Il suffit que le propriété-

1885. *Rec. Nantes* 1.886. 1. 73. — Nantes, 6 mars 1893. *Rec. Nantes*,93. 1. 195.

(1) Civ. Seine, 7 janv. 1904. *Gaz. Trib.* 1904, 2° semestre. 2, 58. — Civ. Bordeaux, 15 février 1892. *Rec. Bord.* 92. 2. 80. — En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl Louage, I, n° 1114.

(2) Marseille, 23 nov. 1906 et Cour d'Aix, 10 mai 1907. *Rec. Marseille.* 1907. 1. 309. — En ce sens : Marseille, 26 oct. 1898. *Rec.* 1899. 1. 23. — 8 août 1900. Rec. 1900. 1. 367. — Bordeaux : 10 fév. 1905. *Mém. Bordeaux* 1905. 1. 105. — En sens contraire : *Rec. Nantes*, 1. 339. 1896. 8 août 1896 (précité).

(3) Cassation, 23 mai 1870. D. 1872. 1. 90. — 28 juin 1859. D. 1859. 1. 459. — Douai, 11 juin 1844. D. 44. 2. 128. — Colmar, 12 avril 1864. D. 65. 2. 32. — Marseille, 8 août 1900. *Rec. Marseille.* 1900. 1. 367.

taire ne se soit jamais refusé à considérer le cessionnaire du fonds comme locataire occupant les lieux. Ainsi s'il a reçu plusieurs termes de loyer et, a délivré les quittances à l'acquéreur, et s'il a laissé en fait le cessionnaire jouir paisiblement des lieux, d'autant plus qu'il est exact alors de dire « que les quittances satisfont à la double condition : d'un consentement et d'un consentement écrit ». Dans ces conditions, le cessionnaire du fonds de commerce ne peut prétendre que son vendeur n'a pas rempli l'obligation qu'il avait prise de lui transmettre son droit au bail, sous prétexte que, d'après les termes du bail, celui-ci ne pouvait être cédé sans le consentement écrit du propriétaire et que cette formalité n'avait pas été remplie.

Il arrive fréquemment, que le cédant s'engage à supporter la moitié de l'augmentation que le propriétaire pourrait faire subir au cessionnaire pour la prolongation du bail, cette obligation est valable, sans qu'on puisse soutenir qu'elle constitue la promesse du fait d'autrui, nulle aux termes de l'art. 1129 C. Civ. Son inexécution pourrait donner lieu à des dommages-intérêts contre le vendeur, même entraîner la résolution de la vente si les parties en ont subordonné l'existence à l'exécution de cette obligation (1).

Le vendeur du fonds peut être en même temps propriétaire des locaux où le commerce est exercé : dans ce cas, ce n'est pas la propriété des locaux qui entre dans la composition du fonds, mais seulement leur usage, leur affectation à l'entreprise (2). Dans cette hypothèse, le vendeur cumule deux qualités : celles de vendeur et de propriétaire.

En tant que vendeur, il est soumis aux règles posées plus haut : il doit procurer la jouissance des lieux à son acquéreur, car ce dernier a compté sur le droit au bail. En tant que propriétaire, les art. 1721 et 1722 du Code Civil le soumettent à des obligations particulières. Donc, contrat uni-

(1) Civ. Seine, 16 décembre 1885. *Le Droit*, 19 février 1886.
(2) Boutaud et Chabrol, p. 56, § 49.

que et obligations identiques du vendeur cédant ; obligations spéciales au bailleur, vendeur ou non vendeur. Ces principes ont été appliqués par la Cour de Cassation, au cas où la maison dans laquelle se trouvait le fonds avait été détruite par un incendie (1). La Cour d'Appel avait cumulé les deux avantages au profit du locataire : elle avait réduit le prix du loyer, elle avait autorisé la résiliation pour le jour où il conviendrait au locataire de quitter les lieux. C'était vraiment trop à la fois. Mais, si l'impossibilité de procurer à l'acquéreur la jouissance des lieux provenait d'un événement de force majeure, la vente du fonds devrait être maintenue. Ainsi, la résiliation du bail survenue par suite de la démolition de la maison ordonnée pour cause de vétusté, n'entraîne pas la résiliation de la vente du fonds (2) — de même s'il y a eu destruction par le feu de l'ennemi (3) — alors que le vice qui a entraîné la perte de la chose était apparent au moment du contrat ; mais en pareil cas, l'acquéreur a droit à la restitution des loyers payés d'avance (4). Il convient d'ajouter que si les lieux deviennent inhabitables par le défaut d'entretien de la part du propriétaire, c'est sur lui et non sur le vendeur que doit en retomber la conséquence (5).

La vente d'un fonds de commerce, en ce qui concerne le droit au bail, compris dans la dite vente, est donc subordonnée à l'acceptation du propriétaire. Son refus entraîne la résiliation avec dommages-intérêts.

(1) Limoges, 7 décembre 1868 et Cass. 8 juillet 1872. D. 72. 1. 394. S. 72. 1. 292.

Le juge au cas où la chose louée a été détruite en partie par cas fortuit peut bien prononcer soit la résiliation du bail, soit une réduction du loyer, mais il ne peut accorder tout à la fois au preneur la réduction du loyer et la facilité de faire cesser le bail.

(2) Paris, 5 décembre 1864. S. 65. 2. 140.

(3) Com. Seine, 2 décembre 1872. *J. Trib. Com.* 73, p. 24.

(4) Paris, 6 décembre 1854. *J. Trib. Com.* 1855, 296.

(5) Paris, 18 août 1863. *J. Trib. Com.* 1864. 276.

CHAPITRE V

Ventes de fonds de commerce subordonnées à certaines conditions.

Il y a lieu de rapprocher, et c'est la suite logique de notre étude, certaines ventes de fonds subordonnées soit à une autorisation, soit à une acceptation de l'autorité administrative, et de régler le recours de l'acquéreur contre son vendeur. Ces ventes deviennent conditionnelles. Ainsi, la vente d'un fonds de bureau de placement pour domestiques est résiliée aux torts et griefs du vendeur, quand l'acquéreur ne peut obtenir l'autorisation administrative, nécessaire, pour exploiter le bureau (1). L'ouverture d'un débit de boisson est subordonnée aux termes du décret du 29 décembre 1851, modifié par la loi du 17 juillet 1880, à une autorisation municipale (2). On doit donc considérer « le permis de débit » comme constituant un des éléments incorporels d'un fonds de café-comptoir. Dès lors, si le vendeur ne peut transmettre à son acheteur le permis qu'il n'a jamais eu et sans lequel l'exploitation du fonds ne saurait être assurée ; la vente doit être résiliée avec dommages-intérêts au profit de l'acheteur. Ici, l'éviction est antérieure à la vente, et suppose « un défaut de droit » en la personne du vendeur. On ne peut donc pas exonérer le vendeur sous prétexte d'un cas de force majeure.

En ce qui concerne les bureaux de tabac, la régie permet

(1) Paris, 28 avril 1875. D. 77. 2. 119. — 3 juin 1875. D. 72. 2. 119.

(2) Trib. Com. Lyon, 8 décembre 1911. *Gaz. Com. Lyon*, 21 février 1912.

au gérant de se substituer un tiers, à la condition toutefois de le soumettre à son agrément et sous réserve pour elle du droit de s'opposer à la cession. L'agrément de l'administration est requis à peine de nullité (1).

La vente est donc conditionnelle, elle est subordonnée à la condition que l'acquéreur sera agréé (2). Si donc le vendeur ne fait pas le nécessaire pour procurer l'agrément de l'administration, si par son fait il rend impossible la réalisation de la condition à laquelle est subordonnée la convention, l'acquéreur sera en droit de se retourner contre lui et de demander des dommages-intérêts. Le refus par l'administration d'agréer l'acheteur comme gérant du débit de tabac, a pour effet d'entraîner la résiliation de la vente (3). L'acheteur est sans qualité pour se présenter à l'administration, le vendeur est seul tenu de présenter son acquéreur et d'obtenir pour lui l'autorisation : Il ne peut donc soutenir qu'il incombait à l'acheteur de s'assurer de l'agrément de l'administration avant d'acheter le fonds, et qu'ainsi il connaissait le danger d'éviction. Voilà la seule obligation du vendeur ; mais il ne peut être rendu responsable du fait de l'administration, venant à augmenter postérieurement à la vente la redevance exigée du titulaire du bureau de tabac. « L'acheteur n'a acquis que les droits possédés par son ven-

(1) Paris, 6 mars 1845. D. 45. 4. 495. — 21 nov. 1853. D. 55. 2. 172. — 1er fév. 1859. *J. Trib. Com.* 1859, 344.

Caen, 4 août 1891. *Gaz. Pal.*, tables 1887. 1892. V° Tabacs, n° 49 et suiv. — Douai, 30 juillet 1895 et 13 avril 1897. D. 98. 2. 205. Trib. Civ. Seine, 31 janv. 1899, *La Loi*, 30 mars 1899. — Paris, 25 juin 1891. *J. Trib. Com.* 1892, p. 412.

(2) Lèbre, p. 47, n° 46.

(3) Trib. Com. Havre, 14 juin 1899. *Rec. Havre* 1899. 1. 190. Circulaire en date du 31 août 1869 émanant du directeur des contributions indirectes, déclarée d'ordre public par un arrêt de la cour de Caen du 4 août 1891. « Il est enjoint aux directeurs départementaux chargés d'agréer les gérants, de s'assurer que les traités sont réguliers, que le prix de location est proportionné au projet du débit, et qu'il n'est pas payable plus de trois mois d'avance. »

Marseille, 13 juillet 1894. *Rec. Marseille* 1894. 1. 313. — Marseille, 5 février 1907. *Rec. Marseille* 1908. 1. 198.

deur, et il en connaissait le caractère aléatoire » (1). Il aurait été plus exact de dire que le vendeur n'est pas responsable des évictions dont la cause est postérieure à la vente, parce qu'elles constituent des cas fortuits.

Quoiqu'il en soit, c'est à bon droit que le jugement a refusé à l'acheteur l'action en réduction du prix de vente, et exonéré le vendeur de toute responsabilité.

(1) Paris, 6e Chambre, 12 décembre 1911. — *Gaz. Pal.*, 1912. 1. 194.

CHAPITRE VI

Garantie légale s'appliquant aux divers éléments du fonds.

Il nous reste à étudier la garantie légale s'appliquant aux autres éléments pouvant composer le fonds de commerce et compris dans la vente de ce dernier.

Le matériel et les marchandises, l'enseigne, le nom commercial et enfin les brevets d'invention et marques de fabrique.

SECTION I. — *Garantie du matériel et des marchandises.* — L'on trouve peu de décisions indiquant des hypothèses ou le vendeur pourra être recherché par son cédant pour éviction d'un objet corporel (matériel ou marchandises). C'est que cette garantie d'éviction sera infiniment rare, l'acheteur se trouvant suffisamment protégé d'une revendication, en vertu de l'art. 2279 .

Mais il a cependant été jugé très justement que la vente d'un fonds de commerce doit être résiliée aux torts du vendeur, lorsque celui-ci ne peut procurer à l'acquéreur la jouissance paisible de la chose vendue, le matériel et le mobilier étant saisis à la requête du propriétaire (1). De même la vente d'un fonds pour la fabrication, comprend les chaudières et la machine à vapeur, car elles sont indispensables pour que l'acheteur puisse continuer la fabrication de son vendeur, ces objets deviennent « immeubles par destination ». Il a été jugé qu'il y a éviction de ces objets par suite

(1) Paris, 10 août 1863. *J. Trib. Com.*, 1864, 268. Trib. Com. .Nantes, 8 août 1896. *Rec. Nantes.* 1896. 338.

d'une saisie immobilière portant sur les immeubles par nature et par destination (1).

Mais l'éviction portant sur un des éléments du fonds, a soulevé une objection : la garantie est-elle due ? ne pourrait-on pas soutenir que le fonds de commerce constituant une universalité, il y a lieu d'appliquer l'art. 1696 C. Civ. qui, en matière de vente d'hérédité, dispose que « celui qui vend une hérédité, sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier » ? (2) Si l'on adopte l'affirmative, il en résulterait que, si l'acheteur venait à être évincé de quelques-uns des objets compris dans la vente, il n'aurait aucun recours contre son vendeur. Mais il semble préférable d'admettre l'obligation de garantie s'appliquant d'une façon implicite à chacun des éléments compris dans la vente d'un fonds. D'ailleurs, en fait, cet article 1696 ne trouvera presque jamais son application, car on aura généralement pris soin de spécifier, dans l'acte de vente, les différents éléments du fonds de commerce, qui font l'objet de la vente. On sait, plus particulièrement, en ce qui concerne le matériel et les marchandises, que les parties dressent presque toujours un inventaire détaillé, inventaire annexé ordinairement à l'acte de vente. Il y aura donc lieu à garantie pour chacun des éléments composant le fonds.

Section II. — *L'Enseigne.* — L'éviction portant sur l'enseigne peut donner lieu à une simple action en dommages-intérêts (1). Ainsi si l'acquéreur a été condamné à suppri-

(1) Lyon, 22 février 1907. *Mon. Lyon*, 19 avril 1907. Texte : *Recueil des Sommaires* 1907. En ce sens : Laurent, T. V. nos 463 et suiv. — Planiol 1. 3e édit. no 2222. — Lyon Coen, note dans Sirey, 80. 1. 409. — *Contra.* Demolombe, Des biens, I. no 274. Aubry et Rau II. 5e édit. p. 22.

(2) Cass., 13 décembre 1842, S. 43. 1. 22.— Aix, 12 mars 1878. S. 78. 2. 765. Besançon, 20 mars 1901. *Gaz. Pal.*, 1901. 1. 476. — Bourges, 20 avril 1901. S. 1901. 2. 273, note Wahl. — Caen, 29 juin 1901. S. 1901. 2. 298. — Nancy, 21 mars 1902. D. 1903. 2. 169. — Civ. Seine, 16 avril 1902. D. 1902. 2. 239. Pour toutes ces décisions, le fonds de commerce est une universalité juridique.

(1) Paris, 12 juillet 1894. *J. Trib. Com.* 1895. 4723. — Paris, 21 nov. 1860. *J. Trib. Com.* 1861. 73.

mer son enseigne, parce qu'elle était usurpée par son vendeur, même à la résiliation de la vente, si cet élément pouvait être considéré comme la cause déterminante de l'achat. (Art. 1636, C. Civ.). C'est que l'enseigne présente pour un fonds de commerce une utilité considérable, « elle sert à individualiser l'établissement commercial ». « Elle est pour lui, un moyen de conserver sa clientèle et de l'augmenter. La clientèle attachée à l'établissement, se confie à l'enseigne comme à une garantie, comme à une signature » (1). Il en résulte que l'enseigne individualisant et accréditant le fonds aux yeux du public, doit être réputée comprise dans la vente de ce fonds, il faudrait une convention contraire bien formelle : l'enseigne suit donc le fonds de commerce, car elle en constitue nécessairement l'accessoire, et l'acquéreur du fonds acquiert, par le fait seul de son acquisition, la propriété de l'enseigne. Le cédant ne pourrait donc lui-même se servir de son ancienne enseigne, devenue la propriété de son cessionnaire. Il est à supposer bien entendu, que le vendeur aura expressément gardé le droit de se rétablir : cette question de l'enseigne sera étudiée, du reste, dans cette hypothèse au cours de la II[e] partie de notre étude.

De plus, si le vendeur a le droit de disposer, à l'expiration du bail, de son immeuble, son locataire ne peut être

(1) A. Gastambide,page 475, Traité théorique et Pratique des contre-façons ». — Voir Pouillet, Marques de fabrique .Livre IV, n° 696, p. 821. Calmels, Noms et marques de fabrique, n° 206. — Lèbre, n° 58. — Caen, 13 décembre 1853. S. 54. 2. 398. D. 54. 5. 613.

Cour de Paris, 3e Chambre, 9 mai 1901, conf. jug. du Trib. Civil de la Seine du 21 janv. 1901. *Ann. pro. industr.* 1904. 1. 210. — Trib. com. Havre, 16 mars 1858. *Le Droit*, du 6 sept. 1858. — Angers, 8 nov. 1871. D. 72. 2. 133. — Rennes, 24 août 1875. S. 76. 2. 286. — Paris, 13 août 1878. *Gaz. Trib.* du 17 oct. 1878. — Bordeaux, 21 juin 1880. S. 80. 2. 260. — Caen, 23 février 1881. S. 81. 2. 133. D. 82. 2. 167. — Lyon, 16 avril 1886. *Ann. Prop. Ind.* 1887, p. 270.

Lyon, 13 mars 1890. *Ann. Prop. Ind.* 1890. 291. — Paris, 9 mai 1901. *Ann. Prop. Ind.* 1904. 210. — Grenoble, 5 février 1902. *Pand. Franç.* 1904. 2. 58. — Trib. com. Seine, 22 avril 1899. *Ann. Prop. Ind.* 1902. 1. 134, avec note.

autorisé à se servir de l'enseigne qui est devenue la propriété de l'ancien locataire, son acheteur (1).

Il y a dans cette hypothèse, véritable éviction de la part du locataire ainsi autorisé à se servir de l'enseigne — et l'acheteur peut exercer son recours en garantie contre le vendeur.

Il est incontestable enfin, que si le vendeur s'est interdit, de se rétablir, il ne pourra se servir de son enseigne, cette hypothèse sera étudiée dans la garantie de fait.

La garantie de l'enseigne est donc le complément nécessaire et indispensable de la garantie de la clientèle. Légalement tenu de ne point détourner la clientèle vendue, le vendeur manquerait à son obligation légale de garantie en reprenant ce qui, aux yeux de sa clientèle, désigne son établissement commercial, et l'individualise. Reprendre l'enseigne, transmise avec le fonds à l'acquéreur, serait la violation la plus brutale de l'obligation de garantie incombant au vendeur, l'enseigne désignant la maison de commerce, beaucoup de personnes iront droit à l'enseigne, en quelque lieu qu'elle ait été transportée, avec la conviction d'aller dans la même maison.

« L'acheteur de la clientèle risquerait fort d'avoir fait un marché de dupe, la clientèle se préoccupant moins de la situation exacte d'un magasin que de son enseigne ». (2).

Section III. — *Nom Commercial.* — Nous ne traiterons que brièvement cette question dans notre première partie, car nous la retrouverons dans l'hypothèse ou le vendeur est autorisé à se rétablir. Nous ne l'envisagerons à cette place que comme conséquence de l'obligation légale de la garantie assumée par le vendeur.

Le nom commercial peut donner au fonds presque toute sa valeur. « C'est une partie, un accessoire souvent très im-

(1) Rennes, 24 août 1875. S. 76. 2. 286. — Paris, 2 juillet 1870. *Ann. Prop.* 72. 53. Trib. Com. Seine, 22 avril 1899. *Mon. Lyon*, 31 août 99. Trib. Com. Seine, 8 juin 1887. *Ann. Prop.* 90. 293.

(2) Pouillet « Marques » p. 845, n° 712.

portant de l'achalandage. Il en suit le sort » (1). — Il peut consister dans le nom patronymique ou dans une autre dénomination. Son union avec le fonds est excessivement étroite et il s'identifie avec lui. Comme l'a dit très justement une décision. « Le nom finit par s'isoler complètement de la personne du fondateur et des siens, et n'est plus, pour le public, que la désignation d'une maison de commerce que sa renommée oblige ». (2) — De sorte que, le nom se transmet de plein droit avec le fonds, en ce sens que le propriétaire peut continuer, par le fait même de son acquisition, à donner au fonds la même dénomination, ou du moins se dire successeur de celui dont il tient ses droits (3).

Si, en effet, pour des raisons d'ordre public, le nom patronymique est incessible, il est au contraire cessible en tant que nom commercial et suit le fonds de commerce (4). Le nom commercial constitue donc un des avantages sur lequel l'acquéreur a dû compter : Et ici, nous retrouvons les

(1) Pouillet, n° 393.

(2) Trib. Civ. Seine, 2 mai 1863. *Monit. Trib.* 64. 256.

(3) Cette jurisprudence est des plus anciennes et remonte à un arrêt de la Cour de Paris du 29 *thermidor an IX* (S. 1. 2. 267).

En ce sens : Coen, 23 février 1881. S. 82. 2. 133. Le nom ne peut être exclu de la vente qu'en vertu d'une stipulation formelle : Trib. Comm. Bordeaux, 24 juillet 1911. Texte : *Gaz. Pal.*, 1911. 2. 260. — Paris, 28 oct. 1909. *Journ. Trib. Com.* 1910. 451. — Trib. Com. Seine, 8 janv. 1908. *Gaz. Pal.*, 1908. 1. 248. — Cour de Bordeaux, 1re Chambre, 4 mars 1912,texte : *Gaz. des Tribunaux*, 30 mars 1912.

Trib. com. Saint-Etienne, 21 nov. 1895. S. 97. 2. 263. — Paris, 9 nov. 1885. S. 86. 2.54.

Paris, 26 avril 1881. *Ann. Prop. Ind.* 81. 191. — Paris, 27 février 1847. — *Le Droit*, 5 mars 1847. — Cass., 3 février 1909. *Gaz. Pal.*, 1909. 1. 336. S. et *Pand. Français* 1909. 1. 481, note Lyon-Caen. D. 1910. 1. 441 *Gaz. Trib.* 21 février 1909.

(4) Trib. Reims, 12 février 1904. *La Loi* du 12 avril 1904. — Paris, 23 nov. 1883. *Ann. Prop. Ind.* 85. 219.

En sens contraire : Amiens, 9 décembre 1882. *Ann. Prop. Indust.* 1883. 321.

Pour une maison de santé, Trib. Civ. Seine, 5 décembre 1837. *Gaz. Trib.* 6 décembre 1837.

Certaines décisions n'autorisent l'usage du nom que sous certaines restrictions pour l'acquéreur : «il doit se concilier avec l'intérêt légitime du vendeur et de sa famille. » Bordeaux, 28 oct. 96. D.

principes posés plus haut : L'acquéreur ne peut être dépossédé de cet avantage qui constitue un des éléments du fonds, élément d'autant plus important pour lui, qu'il permet au successeur de rattacher son entreprise à celle de son vendeur, la dénomination commerciale ainsi transmise à l'acquéreur, ce dernier pourra s'en servir non seulement comme enseigne, mais comme signature.

« Cette solution assure véritablement et complètement la transmission de la clientèle : on évite de troubler les clients dans leurs habitudes, et on n'établit pas une scission entre l'entreprise du vendeur et celle du successeur » (1). — Les considérations qui précèdent, peuvent s'appliquer à la garantie du fait personnel ; au cas où le vendeur ne s'est pas interdit de se rétablir, cette interdiction résultant virtuellement de la vente, comme nous l'avons indiqué, on ne se trouve plus en présence d'un engagement formellement pris, mais des règles générales de la garantie et de celles qui interdisent la concurrence déloyale, mais on voit apparaître ici l'intervention de principes dont il faut sauvegarder l'application. Ce sont ceux qui consacrent la propriété du nom et la liberté du commerce et de l'industrie (2).

En ce qui concerne plus particulièrement la garantie d'éviction, le nom commercial ayant pu être dans la pensée de l'acquéreur, la cause déterminante de l'achat, ce qui peut facilement se comprendre par le chiffre de la vente, le prix contenant implicitement la cession du nom, nous appliquerons l'article 1.636 du Code Civil. Ainsi la vente doit être

97. 2. 134, voir texte *Gaz. Pal.* 97. 1. 286. « Il ne doit s'en servir que pendant un délai suffisant pour assurer la transmission de la clientèle, Lyon, 12 juin 1873, S. 74. 2. 246. — Dans le même sens : Paris, 3 janvier 1901. — *Le Droit*, 28 février 1901.

(1) Oudinot « De la transmission de la firme en Droit Allemand », dans *Annales Droit Commercial* 1912, page 261 ; pour M. Oudinot ; la cession du nom commercial, sans « *aucune restriction* », réaliserait d'une façon parfaite la transmission de la clientèle. « Ce serait le moyen matériel de révéler aux tiers la continuité de l'entreprise. »

(2) Cassation (Ch. Civ.), 21 juillet 1891. *Journal du Palais* 1891, p. 942 avec note.

résiliée quand un jugement fait défense au vendeur d'user du nom sous, lequel était exploité le fonds de commerce. L'acquéreur était véritablement dépossédé, car le nom conférait dans cette espèce un véritable monopole (1). — Les arrêts rendus dans cette hypothèse sont infiniment rares.

Section IV. — *Brevets d'invention et marques de fabrique.*

Le droit de se prévaloir de ces divers privilèges peut donner à un fonds une valeur considérable ; les en séparer serait lui enlever souvent la plus grande partie de sa valeur (2). Ce que les clients demandent, ce sont les produits brevetés de telle maison, et les marchandises frappées de telle marque, qui, à leurs yeux, caractérise les produits de l'établissement commercial dont ils sont les habitués ou pratiques. — Les brevets d'invention, compris dans le fonds, passent à l'acquéreur de ce dernier. Le vendeur s'expose donc à un recours en garantie, si postérieurement à la vente qu'il a consentie, il annonce notamment dans une exposition et sur la vitrine renfermant les produits de son industrie, qu'il est seul concessionnaire des dits brevets (3), ou si le brevet, cédé à l'acquéreur du fonds, était frappé de déchéance (4). De même, la vente d'un fonds de commerce emporte cession

(1) Nancy, 2 août 1897 et Bordeaux, 29 décembre 1897. *J. Trib. Com.* 1899, p. 680.

Un jugement de Toulouse, 5 décembre 1898. *Ann. Droit Commercial*, 1899. 1. 115, déclare que l'acheteur ne peut se servir du nom de son vendeur, que s'il est considéré comme faisant partie de l'enseigne.

Trib. civ., Seine 7 juin 1906 . *Ann. Prop. Ind.* 1908. 209, avec note. Ce jugement relève des particularités pour la vente d'une pharmacie L'acquéreur n'acquiert pas le droit d'user à sa convenance du nom de son prédécesseur. Il a seulement le droit de signaler sur ses marques, enseignes, boîtes et étiquettes que sa pharmacie est celle exploitée par un tel avant lui, mais en faisant précéder ou suivre cette indication de son nom et de sa qualité de successeur de un tel.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 239 et suiv. Pouillet. Marques de fabrique.

(3) Paris, 18 mars 1890. D. 93. 1. 33, il s'agissait de brevets ayant pour objet un procédé de verdissage des fruits et des légumes par la chlorophylle.

(4) Paris, 22 janvier 1894. *Gaz. Pal*, table 1892. 97. V° vente commerciale, n° 97.

de la marque : « de tous les attributs d'un commerce, en est-il un de plus précieux que la marque qui, s'imposant à la confiance du public, est le seul lien capable d'assurer la conservation de l'achalandage... Ainsi, que la marque soit nominale, qu'elle soit symbolique, elle devient la propriété du cessionnaire de l'établissement (1).

La vente d'un fonds emporte donc cession de la marque (2). Garantie est donc due par le vendeur en ce qui concerne cet élément ; qui peut avoir été pris en considération par l'acheteur, lors de la vente. Mais il convient de remarquer que la garantie dont est tenu le vendeur ne peut exonérer l'acheteur de la responsabilité qu'il encourrait, en faisant un usage délicteux d'un objet compris dans le fonds, car « nul ne peut s'affranchir des conséquences d'un délit ». Ainsi, l'acheteur d'un fonds comprenant une machine contrefaite, qui serait condamné sur les poursuites de l'inventeur breveté, n'aurait pas de recours contre son vendeur pour se faire indemniser de ces condamnations (3). L'arrêt décide même qu'en pareille hypothèse il n'a même pas le droit de demander une réduction du prix, à raison de la confiscation prononcée (4). Cette solution s'explique très bien car, dans cette espèce, l'acquéreur connaissait parfaitement la situation, et était de mauvaise foi. Mais, l'on a très justement jugé que l'acheteur d'un fonds qui est poursuivi par le propriétaire d'une marque, pour avoir mis en circulation les prospectus de son vendeur, lesquels portaient la marque contrefaite, a une action en garantie contre ce der-

(1) Bédarride, n° 784, 3 vol. 1869 « Commentaires des lois sur les... marques de fabrique ».

(2) Trib. Com. Havre, 16 mars 1858. *Le Droit* du 6 septembre 1858.

(3) Lyon, 12 juin 1873. D. 74. 2. 168. — Bordeaux, 17 nov. 1873. S. 74. 2. 145. — Lyon, 17 mars 1884. *Ann. Prop. Indus.* 1884, p. 177. — Rennes, 21 juillet 1892. *France judic.* 1892, p. 280.

Paris, 21 mars 1887, *Gaz. Pal.* 87. 1. 848. — 17 février 1888. *Ann. Prop. indus.* 1891, p. 145. — 19 mai 1888. *Ann. prop. ind.* 1891, p. 142 (même si la marque est composée du nom patronymique du vendeur).

Contra : Cass. 20 avril 1896. S. 96. 1. 325. D. 97. 1. 108.

(4) Civ. Cass., 22 décembre 1880. D. 81. 1. 63.

nier, et peut lui réclamer, en outre, une réduction du prix du fonds, proportionnellement à la valeur que représentait l'usage de la marque jugée contrefaite et les marchandises revêtues de la dite marque, qui étaient comprises dans la vente du fonds (1). Cette solution s'explique très bien, car l'acheteur était ici de bonne foi.

(1) *Ann. Prop. Indust.* 1899. 336. Trib. civ. Seine, 7 août 1897.

CHAPITRE VII

Evictions dont le vendeur n'est pas garant.

Le vendeur n'est pas tenu indistinctement à garantie, quelles que soient la cause et les circonstances de l'éviction. Pour déterminer les hypothèses où la garantie existera, il est nécessaire de poser une règle générale : En principe, le vendeur ne répond que des évictions ayant une cause antérieure à la vente (1). Il ne répond pas des évictions dont la cause est postérieure, parce qu'elles sont, ou bien la suite et la conséquence d'une faute commise par l'acheteur, ou parce qu'elles constituent des cas fortuits, exonérant le vendeur de toute responsabilité. Cette distinction doit s'appliquer aux fonds de commerce :

Section *I. — Faits personnels et fautes de l'acheteur.* — C'est ainsi que l'acheteur d'un fonds de tabac ne peut se dispenser d'acquitter le prix de vente, en se fondant sur l'impossibilité où il se trouvait d'occuper le débit à raison d'une condamnation antérieurement encourue par lui envers l'administration (2). En effet, à supposer qu'on puisse assimiler cette situation à un cas d'éviction, c'est une éviction déterminée par le fait de l'acheteur lui-même et qui n'est pas compris dans la garantie. De même, l'acquéreur d'un bureau de placement qui, s'étant vu refuser l'autorisation administrative requise pour l'exploitation de ces sortes de fonds, a né-

(1) Planiol : traité de Droit Civil, t. II, p. 491, n° 1489.

(2) Rennes (2e ch.), 26 avril 1906. *Rec. Rennes*,1906-170 : acheteur non fondé à réclamer des dommages-intérêts, sous prétexte de résiliation de bail faite par son cédant, alors qu'il n'a pas fait opposition à cette résiliation. — Trib. Comm. Seine, 19 avril 1890. *Gaz. Pal.*, 1890. 1. 732.

gligé d'en informer son vendeur, a continué son exploitation, et provoqué ainsi la fermeture de son établissement, est responsable, vis-à-vis du vendeur. La vente doit être résiliée avec dommages-intérêts à l'encontre de l'acheteur (1). Dans toutes ces hypothèses, l'éviction a une cause postérieure à la vente, et ne suppose pas « un défaut de Droit en la personne du vendeur ».

Faut-il ajouter que le vendeur ne peut être recherché à raison des faits personnels de l'acheteur ? La jurisprudence offre peu d'exemples de cette hypothèse et les arrêts rendus en cette matière, sont très anciens (2). Il convient enfin d'ajouter que le vendeur ne peut être responsable des actes accomplis par l'acheteur et pour son propre compte (3).

Section II. — *Force majeure, cas fortuits, faits du Prince.* — Le vendeur n'en répond pas davantage. La destruction par le feu de l'ennemi, de l'immeuble dans lequel se trouvait le fonds de commerce, ne peut autoriser l'acquéreur à demander la résiliation de la vente qui lui en avait été faite, sous le prétexte que le bail qui en était la condition essentielle ne peut plus être continué (4). Le fait du prince, c'est-à-dire l'acte arbitraire du pouvoir qui peut enlever la chose ou une fraction de la chose, reçoit une application intéressante en matière de fonds de commerce. Mais les tribunaux n'osent pas, semble-t-il, faire l'application pure et simple des

(1) Trib. Comm. Seine, 12 août 1893. *Gaz. Pal.*, 1893. 2. 369. — *En sens contraire* : Trib. Comm. Seine, 6 janvier 1912. — *La Loi* 26 janvier 1912. *Gaz. Pal.*, 1912, 23 avril. — Pour un acheteur ayant remis le prix de la vente à un tiers, qui l'a détourné, et a été ainsi obligé de payer une deuxième fois sonprix, mais il est à remarquer que le jugement indique que la cause d'éviction était antérieure à la vente. Arrêts de Cassation des 25 juillet 1866, 21 février 1870 et 5 mars 1872.

(2) Cass., 22 décembre 1880. *Journ. Trib. Comm.* 1881, p. 592. — Confirmant Seine Comm., 28 nov. 1878 et Paris, 4 février 1879.

(3) Trib. Comm. Lyon, 12 mars 1907. *Gaz. Comm. Lyon*, 27 mars 1907 avec note : Le vendeur était rentré en possession du fonds vendu aux enchères. — Vente sollicitée par l'acquéreur lui-même, tombé en faillite.

(4) Trib. Comm. Seine, 2 décembre, 1872. — *Journ. trib. Comm.* 1873, p. 24.

principes pour proclamer l'exonération du vendeur : Ils ne vont pas jusqu'à dire : Il n'y a aucune garantie due par le vendeur, parce que l'acheteur se trouve en présence d'un « fait qui ne pouvait être prévu ». Les arrêts en ce sens sont bien rares, ils préfèrent baser l'irresponsabilité du vendeur, et l'affranchir de toute garantie, sur d'autres principes juridiques.

C'est ainsi qu'un jugement très curieux a décidé que la vente d'un établissement de sculpteur marbrier n'était pas résiliable pour cause de déplacement du cimetière, à proximité duquel il se trouvait ; est-ce que parce qu'il y a fait du prince ? Est-ce parce qu'il y a force majeure ? Non, certes, et le jugement s'empresse d'ajouter : « Il n'y a pas force majeure dans le fait de l'autorité publique, qui a pour effet de déplacer le cimetière » (1). C'est qu'ici cette solution, identique à celle que l'on aurait admise, si l'on avait proclamé la force majeure, est fondée sur la maxime « *Res Perit domino* ». L'acheteur est tenu de payer son vendeur, parce qu'aux termes de l'art. 1138 C. civ., les risques du fonds vendu passent à l'acquéreur du jour de la vente et les événements de force majeure, quoique le fait survenu n'ait pas été qualifié tel par le jugement, qui pourraient survenir postérieurement à l'exécution du contrat et l'empêcheraient de produire ses pleins effets au profit de l'acquéreur, ne pourraient permettre à ce dernier de faire résilier la vente. — Mais il y a dans cette hypothèse, véritable force majeure. Et si ce même tribunal a permis à l'acquéreur de demander des dommages-intérêts à son vendeur, dans une hypothèse ou un arrêté préfectoral, avait enjoint à l'acquéreur d'un magasin de fourrages, établi dans un hangar en bois, d'en cesser l'exploitation dans les quinze jours, c'est qu'il se fonde sur les termes très compréhensifs de l'obligation de garantie assumée par le vendeur (2). De même, le re-

(1) Comm. Seine, 13 juin 1860. — *J. Trib. Comm.*, 1860, 334.
(2) Comm. Seine, 24 février 1887. *Gaz. Pal.*, 1887. 1. 346.

trait de la place de marchand de beurre et œufs sur un marché ne donne pas à l'acquéreur du fonds, droit à des dommages-intérêts (1). Le jugement ne parle pas davantage de « force majeure ». — « C'est, dit-il, parce que la dépossession dont se plaint l'acquéreur provient d'un état de précarité qu'il n'ignorait pas ». — Ce jugement est cependant plus judicieux que le précédent, et il semble que nous nous trouvons dans les prévisions de l'art. 1629 : « ...L'acheteur a acheté à ses risques et périls ». Il n'a pas droit à garantie, non pas parce qu'il y a « force majeure », mais parce qu'il a connu ou dû connaître, au moment de la vente, le danger d'éviction. Aussi, l'on ne peut que protester à l'encontre d'un jugement accordant des dommages-intérêts à l'acheteur d'un fonds de commerce éprouvant un dommage par suite de la mise en état de viabilité d'une rue. Il est à remarquer que, dans cette espèce, l'acheteur ne pouvait pas ne pas avoir connu le danger d'éviction, le projet de viabilité avait été approuvé par le Conseil municipal, antérieurement à son marché, et ce qui est mieux, c'est que le jugement suppose même que l'acheteur a connu cette approbation (2).

Ce jugement est la violation la plus flagrante des principes juridiques. Les tribunaux se demandent donc, en présence d'un acte émanant de l'autorité, si l'acquéreur a pu connaître cet état de précarité susceptible d'amener l'acte de l'autorité, car il s'est alors soumis tacitement à un risque éventuel, il a envisagé sa dépossession (3). Il n'a donc aucun recours en garantie contre son vendeur ; c'est ainsi qu'un acquéreur d'un hôtel meublé, qui, sur l'adjonction de la

(1) Trib. Comm. Seine, 10 avril 1856 *Journal, Trib. Comm.* 1856, t. V, page 311.

(2) Conseil Préfecture, Seine, 22 avril 1885. — *Gaz. Trib.* du 25 avril 1885.

(3) Trib. Comm. Seine, 6 oct. 1886. *Journ. Trib. Comm.*, 1888, p. 86. — Cependant, Marseille, Trib. Comm., 25 juillet 1913 (texte non publié). — Greffe Trib. Comm : Industrie de battage de tapis exigeant l'autorisation préfectorale. L'autorisation préfectorale visant l'acheteur décida que le fonctionnement de l'industrie n'était possible qu'avec de très grosses réparations. — La vente fut résolue.

préfecture de police, a dû supprimer plusieurs chambres qui n'avaient pas le cube réglementaire voulu, n'a aucune action en garantie à exercer contre son vendeur, à raison de l'éviction qu'il a subie.

Il en est ainsi surtout quand l'acquéreur a visité l'hôtel, et qu'il le connaissait dans tous ses détails. Il ne pouvait donc ignorer les prescriptions déjà anciennes, relatives aux établissements du genre de celui dont il faisait l'acquisition.

Section III. — *Difficultés relatives aux hôtels meublés.* — C'est surtout, pour les hôtels meublés, que le fait du Prince a donné lieu aux plus grandes difficultés (1). — Il convient, d'ailleurs, de ne pas oublier que, de la combinaison des art. 1625 et s. C. civ., il résulte que l'acquéreur ne peut réclamer de dommages-intérêts à raison de l'éviction partielle de l'objet vendu, lorsqu'il a connu, au moment de l'acquisition, la cause de cette éviction, à moins que le vendeur n'ait également connu le danger qui en résultait, et se soit, par une clause formelle, engagé à en garantir l'acquéreur (2). C'est à l'aide de ces principes, que nous allons résoudre les difficultés. L'acquéreur d'un hôtel meublé ou de logeur en garni peut-il demander des dommages-intérêts et la résolution du contrat, quand les mesures administratives, pour cause de salubrité publique, viennent à réduire le nombre de numéros ou de lits indiqués dans la vente ? Non, si l'ordonnance de police était déjà en vigueur au moment de la vente (2). Même solution si un inventaire a été dressé; ou bien

(Ce jugement fait l'application partielle des principes posés), car sans dommages-intérêts, mais avec restitution du loyer payé d'avance. — Cependant, l'acquéreur avait pu se rendre compte, il avait visité les lieux.

(1) Sur la Question : Lèbre, n° 109.

(2) Paris, 6 juillet 1887. S. 87. 2. 191. — 12 mai 1888. *Gaz. Pal.*, 88. 2. 89.

(2) Trib. Comm. Seine, 20 février 1855. *Journ. Fonds de Commerce*, t. I, p. 52. — 23 avril 1855. *La Loi* du 20 mai 1855. — 8 décembre 1885. *Journ. trib. comm.* 1887, p. 82. — Paris, 15 avril 1886. *La Loi* du 8 mai 1886. — En sens contraire : Trib. Seine, 9 juillet 1885. *Gaz. Trib.* du 10 sept. 1885. — 24 mai 1886. *Gaz. Pal.*, 86-2-449. — Paris, 13 mai 1884, *Journal des fonds de commerce*, t. I, p. 17.

si l'acquéreur a exploité en toute liberté, pendant plus de quatre années, le fonds cédé, et en a tiré profit. L'acquéreur a ainsi connu la cause d'éviction.

On a proposé une autre distinction (1) : Le vice qui motive la réduction du nombre des lits est-il un vice d'exploitation, et, par conséquent, non inhérent à l'immeuble ? Le vendeur n'est astreint à aucune garantie, sauf, toutefois, si l'ordonnance de police étant antérieure à la vente, il a ainsi eu connaissance des exigences de l'administration, et les ait volontairement cachées à l'acquéreur ; cette dissimulation frauduleuse engage, en effet, sa responsabilité vis-à-vis de ce dernier, et l'oblige à l'indemniser dans la mesure du préjudice causé (2). Le vice auquel la mesure de police a pour effet de remédier, est-il au contraire, inhérent à l'immeuble ? Il y a lieu, en principe, à garantie de la part du vendeur, pourvu cependant que l'ordonnance soit un rappel à l'exécution des règlements existants. « Un règlement nouveau, une législation nouvelle devraient evidemment être considérés comme un cas de force majeure, exonérant le vendeur de toute garantie ». C'est ainsi qu'il y a une véritable éviction, rendant le vendeur responsable, dans le fait de mesures de salubrité prises à l'improviste et contrairement à une longue tolérance de l'administration (3). Il faut avouer que cette distinction entre le vice d'exploitation et le vice inhérent à l'immeuble, est bien subtile. Ainsi le fait des chambres n'ayant pas le cube réglementaire, constitue un vice d'exploitation. Il y a vice inhérent à l'immeuble quand les chambres sont insalubres : où est la ligne exacte de démarcation ? Il n'y a vice d'exploitation que par la destination, le but que remplit l'immeuble même, affecté à un fonds d'hôtel meublé ? L'un est la conséquence de l'autre. Le véritable critérium pour l'exonération du vendeur est donc dans le caractère même de la mesure administrative :

(1) Lèbre : Traité des fonds de commerce, p. 131.
(2) Trib. Comm. Seine, 6 mai 1885. *Journ. Trib. Comm.*, p. 129.
(3) Paris, 17 juillet 1885. *La Loi* du 2 août 1885.

elle ne peut décharger le vendeur de toute responsabilité que si elle a un caractère d'innovation, et apporte un changement dans la législation existante.

Indiquons, pour être complet dans notre étude, afin de ne pas scinder nos observations, quoique nous devrions réserver cela pour la garantie de fait, que même dans le cas de force majeure, la responsabilité du vendeur ne cesserait pas d'exister, s'il s'était obligé spécialement, en prévision de cet acte de l'autorité publique (1), ou encore, si la vente avait été passée avec toutes garanties de droit « contre tous troubles, causes d'éviction et autres empêchements (2).

On sait, enfin, que, lorsque l'acheteur a traité, connaissant la cause d'éviction, il n'a pas droit à garantie, et que la jurisprudence sous-entend dans ce cas une convention de non garantie (3).

Nous avons vu plus haut les nombreuses conséquences de cette manière de voir.

(1) Trib. Com. Seine, 20 févr. 1885. *Journ. des fonds de Comm.*, t. I. p. 52. — Paris, 2 août 1886. S. 87. 2. 191.

(2) Trib. Comm. Seine, 24 février 1887. *Journ. Trib. Commerce*, 1888, p. 187.

(3) (Cass., 2 mai 1864. D. 65. 1.181).

CHAPITRE VIII

Garantie des vices.

Cette garantie est visée par l'art. 1641 du Code civil : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

De même que le vendeur manque à son obligation de délivrance en livrant une chose qu'un tiers va reprendre, de même il y manque en livrant une chose qui ne peut servir à l'usage auquel elle est destinée (1). « S'obliger à faire avoir la chose, dit Pothier, dans l'intention des parties, est s'obliger à la faire avoir utilement, puisqu'en vain l'acheteur a une chose qui ne peut lui être d'aucun usage » (2). La chose vendue, infectée d'un vice, a un défaut qui empêche de s'en servir ou qui diminue l'utilité de l'usage que l'on peut en tirer (3).

Sur l'existence de ces vices, l'acheteur est fondé à réclamer ou bien la résolution de la vente. De là le nom de « vices redhibitoires » que l'on donne habituellement aux vices cachés. — L'acheteur restituera dans cette hypothèse la chose, si elle existe encore, et le vendeur restituera le prix et les frais exposés ; de plus, s'il est de mauvaise foi, ce dernier

(1) Guillouard « Vente et Echange » 1889. — Livre III, titre VI du Code Civil, t. I (art. 1582 à 1649).

(2) Pothier : *De la vente*, n° 202.

(3) Laurent, *Principes de Droit Civil Français* 1878, t. XXIV. — Planiol : *Traité de Droit Civil*, t. II, page 483, n° 1462.

peut être condamné à des dommages-intérêts. Ou bien, l'acheteur peut demander une diminution de prix, au moyen d'une action spéciale, appelée encore de son nom romain : action estimatoire ou *quanti minoris*. Mais plusieurs conditions sont indispensables pour la responsabilité du vendeur.

Les vices doivent être : 1° *cachés*. — Mais il faut bien remarquer qu'un vice n'est pas caché par cela seul que l'acheteur ne l'a point vu, si celui-ci n'a fait de la chose qu'un examen superficiel : « Il ne peut être admis à se prévaloir d'un défaut, qu'un examen plus approfondi aurait pu lui révéler » (1).

2° *Inconnus de l'acheteur*. — Un vice caché peut avoir été, en fait, connu de l'acheteur, qui en ce cas, est censé avoir renoncé à toute garantie de ce chef.

Et enfin, 3° : *Nuisibles à l'utilité de la chose, et antérieurs à la vente* (2).

Telle est rapidement esquissée, la théorie des vices redhibitoires du Code civil. Est-elle applicable dans les ventes de fonds de commerce ? Une telle vente peut-elle donner lieu, comme une autre vente, à l'action pour vices cachés ? Incontestablement, et à cette question, certains auteurs font une curieuse réponse : « La garantie des vices, en matière de fonds de commerce, se confond avec la garantie des vices dont peuvent être atteints les différents éléments du fonds (3).

Il y a là l'expression d'une vérité élémentaire, car un fonds de commerce ne se conçoit pas sans l'ensemble des valeurs qui le constituent et lui donnent sa personnalité (4).

(1) Baudry et Saignat. Loc. cit. — En ce sens : Duvergier, tome Ier, n° 391. — Aubry et Rau, 4e édition, t. IV, n° 355 bis.

(2) Cass., 8 mars 1892. D. 92. 2. 204.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 146, page 155. — *Contra* : Levé, *Code de la Vente Commerciale*. — Lèbre : *Traité des fonds de Commerce*, page 140, n° 113.

(4) Cour d'Amiens, 22 mars 1902. *Rec. Gaz. Trib.* 1902. 2e semestre. 2. 442. — Trib. Comm. Senlis, 9 mai 1902. *Gaz. trib.*, 24 août 1902, 4°, page 97. — Cour de Paris, 19 juin 1907. — *Rec. Gaz. Trib.*, 1907, 1er semestre. 2. 322. — *Cour de Paris*, 5 février 1908. — *Rec. Gaz.*

Nous devrons donc dire que si les vices sont tels que l'exploitation du fonds soit impossible, ou s'ils en diminuent tellement la valeur que l'acheteur ne l'aurait pas acquis ou en aurait donné une valeur moindre, il faut lui permettre, conformément à l'article 1644, de choisir entre la restitution du fonds, contre restitution du prix ou une réduction de ce prix.

Ainsi la présence de punaises dans les meubles et les lits garnissant les locaux d'un établissement exploité en « meublé » constitue un vice caché de la chose vendue, autorisant l'acquéreur de cet établissement à agir en paiement de dommages-intérêts : « Un tel vice que seul l'usage de la chose vendue révèle, est un vice-caché ». (1).

De même, dans la vente d'un fonds de commerce de broderie sur tulle, le vendeur avait promis à l'acquéreur la cession d'un prétendu « secret professionnel de fabrication de tulle chimique » et cette cession avait été pour l'acquéreur la cause déterminante du marché, on doit considérer comme un vice caché de la chose vendue, le fait que ce mode de préparation du tulle chimique est, depuis longtemps, connu et pratiqué. Il est incontestable, en effet, que dans cette hypothèse, l'acheteur n'aurait pas acheté ou aurait donné du fonds un prix moindre (2). On a également appliqué l'art. 1641 à la cession d'une exploitation qui comportait, à l'insu de l'acquéreur, l'emploi de matières comprises dans un monopole de l'Etat, et cette exploitation assurait la majeure partie des bénéfices réalisés par le vendeur (3).

Il faut avouer qu'il y a là une extension un peu risquée de

Trib. 1908, 2e semestre. 2. 10. — La conception de M. Saleilles, sur le fonds de commerce, serait celle qui correspondrait le mieux à la réalité, « ce serait un patrimoine d'affectation : « Portion du Patrimoine du commerçant, composée de valeurs de toute sorte unies entre elles par la volonté de leur propriétaire de les affecter à une entreprise commerciale ».

(1) Trib. Comm. Marseille, 21 janvier 1909. — *Gaz. Comm. Lyon*, 6 octobre 1909, avec note.

(2) Lyon, 17 mars 1906. *Monit. Jurid. Lyon*, du 26 oct. 1906.

(3) Paris, 29 nov. 1875. *Journ. Trib. Comm.*, 1876, p. 363.

l'art. 1641. N'aurait-il pas été préférable de prononcer la résolution de la vente comme portant sur un objet hors du commerce ? L'on se serait conformé certainement aux principes régissant les conventions. C'est à bon droit, qu'un jugement a déclaré constituer un vice caché. : « L'état de vétusté des coffres de cheminées ». — « Lorsque l'observateur le plus vigilant ne pouvait découvrir le vice inhérent à la chose (1), dans cette espèce, la réduction du prix de vente fut basée sur les travaux considérables qu'avait dû faire exécuter l'acquéreur, et qui avaient entravé l'exploitation de l'hôtel meublé. Une application curieuse de l'art. 1641 a été faite par la Cour de Paris pour la vente d'un fonds de commerce de laitier (4). Les vaches avaient été, quelques jours après la vente, reconnues atteintes de la tuberculose. Elles formaient, en effet, l'élément inséparable du fonds et leur état rendait « le fonds impropre à l'usage auquel on le destinait ». (2).

Quant aux vices cachés qui peuvent affecter le fonds, envisagé dans son élément essentiel, la clientèle, il est assez difficile d'en trouver des exemples. Sur ce point, les tribunaux semblent vouloir faire l'application de l'art. 1641 à tout fait susceptible de discréditer d'une façon manifeste aux yeux du public, le fonds de commerce lui-même, soit dans la réputation commerciale du vendeur, soit dans l'exploitation du fonds. Ainsi, le fait de laisser ignorer à l'acheteur les poursuites et les condamnations encourues pour fraudes commises dans la gestion du fonds permet à l'acquéreur d'obtenir une réduction du prix ou des dommages-intérêts (3).

(1) Paris, 4 nov. 1892. *Journ. Trib. Comm.*, 1893, p. 430.

(2) Paris (6e Chambre), 7 décembre 1911. *Gaz. Pal.*, 1912. 1. 304. — Comm. Seine, 2 décembre 1896. — *J. Trib. Comm.*, 1898. 210. — Un acheteur d'un hôtel meublé avait demandé de considérer comme vice caché la gaieté trop bruyante de la jeune clientèle de l'hôtel. Sa demande fut repoussée.

(3) Comm. Seine, 25 juillet 1885. *J. Trib. Comm.*, 1886, 232. — Paris, 28 mai 1886, *ibid.* 1887. 335 (dans l'espèce, les vendeurs n'étaient pas encore condamnés, mais se savaient sous le coup d'une condamnation correctionnelle imminente). — Paris, 28 nov. 1896, *Gaz. Pal.*, 1897. 1. 382. — Marseille, 4 juillet 1910. *Rec. Marseille* 1910. 1. 326.

Cette solution s'impose, surtout si le jugement devait être affiché à la porte des magasins. Il y a, en effet, un défaut dissimulé à l'acquéreur, et qui diminue la valeur du fonds (1)

N'a-t-on pas vu un cafetier sur le point de céder son établissement, donner de l'argent à des individus pour qu'ils vinssent boire chez lui, afin que son futur cessionnaire, étranger à la ville, et qui y était venu pour s'assurer de la situation, crût à l'existence d'une clientèle considérable, et donnât de l'établissement un prix plus élevé ! On a même jugé avec raison, selon nous, que de pareils agissements constituaient le délit d'escroquerie au sens de l'article 405 du Code pénal : Cette décision isolée est, du reste, un peu spéciale (2).

Les tribunaux vont même plus loin et n'hésitent pas à appliquer la théorie des vices rédhibitoires, toutes les fois que l'acheteur d'un fonds se trouve en présence d'une circonstance qui déprécie la valeur de l'établissement. Il y a lieu de prononcer la résolution de la vente quand il existait des saisies et de nombreuses oppositions sur les marchandises, saisies dissimulées à l'acquéreur (3). De même, la résolution doit être prononcée si le vendeur a laissé ignorer, dans un esprit de dissimulation, qu'un procès était pendant devant le tribunal civil entre le propriétaire de la maison où est établi le fonds et un nouveau locataire exerçant le même commerce qui conclut à ce que le fonds, objet de la vente, soit fermé (4). L'acheteur, évidemment, n'aurait pas acquis

(1) Trib. Comm. Marseille, 4 juillet 1910 (précité). — En sens contraire : Marseille, 7 juillet 1896. — *Rec. Marseille*, 1896. 1. 267.

(2) Trib. Correctionnel Seine, 5 mars 1901. *Mon. Lyon*, 22 mai 1901. — Pour un vendeur d'une boulangerie qui amenait des clients fictifs : ces derniers prenaient du pain au-delà de leurs besoins personnels, et obligés d'en revendre une partie à perte, étaient désintéressés par le vendeur de cette perte.

(3) Paris, 10 août 1863. *Journ .Trib. Comm.*, 1864, p. 268..

(4) Paris, 15 février 1872. *Journ. Trib. Comm.*, 1872, p. 253. « Le vendeur s'était empressé, sans attendre l'issue du procès, de vendre dans le seul but de se décharger sur son acquéreur du danger de l'éviction ».

le fonds s'il avait pu connaître un danger d'éviction aussi imminent.

Une décision n'est-elle pas allé jusqu'à déclarer « vice caché » une situation personnelle à l'acquéreur ! (1). Dans cette hypothèse, heureusement unique, l'acheteur avait dissimulé son vrai nom, et avait traité sous un nom d'emprunt, dans le but évident de cacher à ses vendeurs son passé commercial et son état de faillite.

Mais constitue bien un vice caché, la canalisation d'un établissement de bains et lavoir, établie dans des conditions tellement déplorables par le vendeur, que l'acquéreur ne peut espérer la voir fonctionner longtemps (2). La canalisation défectueuse constitue en l'espèce, un vice originel et irrémédiable, nécessitant non des réparations, mais une réfection entière de l'ouvrage. — Il est vrai de dire en pareil cas que la défectuosité dans l'installation même du fonds diminue « l'usage de la chose ».

Dans les ventes de fonds de commerce, l'expression vice caché prend un sens général et est bien difficile à définir ; on arrive même, et nous l'avons vu, par les exemples qui précèdent à entendre par cette dénomination, non seulement un défaut véritable, mais tout fait susceptible d'apporter une diminution dans la valeur du fonds. Ce fait est généralement créé par le vendeur.

Aux termes de l'art. 1642 du Code civil : « Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ». C'est donc à ce dernier à les voir ; il a commis une légèreté et une imprudence, et il ne peut s'en prendre qu'à lui-même.

(1) Trib. Comm. Havre, 21 avril 1909. *Rec. Havre* 1909. 1. 140 avec note.

(2) Paris, 15 mars 1899. *La Loi* du 7 avril 1899. *J. trib. Comm.* 1900. 324. — Paris, 22 janvier 1894. *Gaz. Pal.*, table 1892. 97. V° vente commerciale n° 94. (Pour un vendeur d'un brevet d'invention, laissant ignorer à son acheteur le procès en contrefaçon qui lui a été intenté par un tiers, et s'est terminé par une condamnation correctionnelle).

C'est dans l'application de cet article aux ventes de fonds de commerce, que la théorie des vices rédhibitoires s'affirme et semble se préciser : Ainsi, contrairement à un jugement cité plus haut, il a été déclaré que le mauvais état de la canalisation dans un établissement de bains, produisant des infiltrations, ne pouvait autoriser l'acquéreur à fonder son action sur l'art. 1641 du Code Civil, sous prétexte que la nature de la chose vendue suffisait, à elle seule « pour lui donner parfaite conscience de l'éventualité » (1). Ce jugement est à retenir, mais à notre avis, il fait une fausse application de l'art. 1642. Pour la Cour, il n'y a pas vice caché, non pas parce qu'un examen plus minutieux de l'acquéreur, aurait pu lui révéler l'existence du vice, mais parce qu'il s'est tacitement soumis à un risque inhérent à la nature même du commerce dont il avait fait l'acquisition.

Mais juste application de l'art. 1642 a été faite par le tribunal de commerce de Paris : L'acquéreur d'un fonds de laitier ne peut demander la résolution de la vente, en se fondant sur ce que le vendeur venait, au moment du contrat, de subir une condamnation en police correctionelle pour vente de lait falsifié, condamnation que lui, acquéreur, ignorait, et qui aurait nui au développement des opérations de son commerce (2). Il est un peu, certes, audacieux de dire que le fait ne constitue pas un vice caché, parce que les jugements prononcés pour fraudes reçoivent une publicité telle, que la connaissance de la condamnation ne pouvait échapper à l'acquéreur, mais il est certain que ce dernier aurait pu se renseigner.

Quoiqu'il en soit, le tribunal aurait dû se demander si en fait, l'acquéreur avait réellement connu le jugement, or. cette preuve n'avait pas été rapportée.

C'est la même idée que l'on retrouve pour décider qu'il n'y

(1) Cour de Riom, 2 juillet 1884. D. 85. 2. 94. — « L'acquéreur ne pouvant arguer d'ignorance en ce qui touche l'éventualité des dommages accidentels dont il pouvait avoir à répondre ».

(2) Paris. Trib. Comm., 21 nov. 1860. *Journ. Trib. Comm.*, 1861, p. 73.

avait pas défautcaché, dans le fait par le vendeur d'un fonds, de ne pas informer son successeur en lui cédant son droit au bail, que le propriétaire a l'intention de donner congé à une époque rapprochée (1). L'interprétation de l'article 1642 était plus correcte ici, car au cours des débats, il avait été révélé que toutes les pièces pouvant permettre à l'acquéreur de se renseigner sur ses droits, lui ont été remises. Il y avait donc eu faute véritable de sa part. Même motif, pour décider que l'acquéreur d'une boulangerie ne peut faire réduire le prix de la vente, en se basant sur le fait de son vendeur, de vendre à sa clientèle des pains de trois livres « au poids et non à la pièce ». Il n'y avait pas, et avec raison, vice cachée dans l'espèce, car l'acheteur devait connaître les prescriptions de police relatives au pesage du pain et ne pouvait considérer comme pains de luxe des pains de trois livres (2).

L'action rédhibitoire à raison des vices cachés de la chose vendue, doit, aux termes de l'article 1648 C. civ. être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, dont la détermination appartient aux juges du fait. Cette décision législative s'impose aux ventes de fonds de commerce, et les tribunaux leur ont fait à bon droit application de cette disposition : Ils indiquent qu'il importe avant tout que l'action de l'acquéreur se produise sans retard, dès la première révélation du vice

(1) Trib. Civ. Seine, 26 janvier 1884, *Gaz. Pal.*, 1884. 2. Suppl. 25.

(2) Trib. Comm. de Paris, 10 nov. 1906. D. 1907. 2. 216 avec note : L'art. 30 de la loi des 19, 22 juillet 1791 accorde à l'autorité municipale de taxer le prix du pain, le maire peut prescrire que le pain soit bien cuit et de qualité loyale (Cons. d'état, 31 juillet 1903. D. 1905. 3. 9). — De même, la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale à réservé aux maires le droit de prendre toutes mesures relatives au pesage : Ils peuvent exiger que les porteurs de pain soient munis de balances (Poitiers, 5 décembre 1890. D. 91. 2. 253). Le département de la Seine est encore régi par une ordonnance du préfet de la Seine, du 14 nov. 1867. — Mais, il a été admis par tolérance, que ces dispositions restrictives apportées au commerce de la boulangerie ne s'appliquaient pas aux pains de luxe ou de fantaisie « et ne rentrent pas dans cette catégorie les pains de 2 kilogrammes dont la longueur excède 0 m. 70, et ceux de 1 kilogr. et moins ». Le vendeur n'avait donc pas à comprendre les pains de 3 livres parmi ceux qu'il s'engageait à vendre à la pièce.

rédhibitoire, et avant que l'acheteur ait apporté des changements et des modifications à l'ancien état de la chose vendue (1). Aussi, n'hésitent-ils pas à déclarer la recevabilité de l'action, dès que l'acheteur a formulé ses réclamations peu après la vente, ou dès que le vice caché lui a été révélé par l'examen approfondi d'un expert (2). Les choses, en effet, sont encore entières, et le tribunal a alors tous les éléments pour fixer une réduction du prix. Il convient d'ajouter que l'action, intentée après un délai assez long, est admise quand ce retard peut suffisamment s'expliquer par la découverte tardive du vice qui la motiverait (3).

Enfin, aux termes de l'article 1649, C. civ., l'action résultant des vices rédhibitoires « n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice ». Se fondant sur ce principe, la Cour de Cassation a très justement décidé que, lorsque dans une vente par autorité de justice d'un fonds de commerce appartenant à des mineurs, il est stipulé que la vente comprendrait le droit au bail des lieux où s'exploite le commerce, l'adjudication ainsi passée pour un prix unique et sans ventilation peut, par une appréciation souveraine des juges du fait, être considérée comme formant dans l'esprit du contrat et dans l'intention des parties, un tout indivisible, sans distinction entre le bail et le fonds de commerce, de telle sorte que la demande en résolution de la cession du bail, fondée sur le vice caché qui rendait les lieux impropres à l'usage auquel ils sont destinés, est aux termes de l'art. 1649, C. civ., absolument inadmissible en ce qui concerne le fonds de commerce (4).

(1) En ce sens : Riom, 2 juillet 1884 (précité) ; action de l'acheteur déclaré irrecevable, ayant été intentée trois ans et demi après la prise de possession des lieux. — Trib. Comm. Nantes, 20 oct. 1909. *Rec. Nantes* 1910. 1. 74.

(2) Paris, 15 mars 1899. *La Loi*, 7 avril 99. — Marseille, 21 janvier 1909 (précité).

(3) Paris,28 nov. 1895. *Gaz. Pal.*, table 1892. 97 n° 92, V° Vente Commerciale. Jugement rendu dans une espèce où le vendeur avait garanti un chiffre d'affaires à son acheteur.

(4) Paris, 2 août 1866. S. 67. 2. 226. D. 68. 2. 75. — Cass. req., 14

Nous avons insisté d'une façon toute particulière sur la théorie des vices redhibitoires, s'appliquant aux ventes de fonds de commerce, c'est parce que cette théorie a servi en grande partie à la jurisprudence dans une question qui se pose très souvent en pratique, nous voulons parler de l'exagération des bénéfices.

avril 1868. S. 68. 1. 267. — D. 68. 1. 348. — Le même principe s'oppose à ce que l'acquéreur puisse réclamer contre le tuteur personnellement des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui causeraient de prétendues manœuvres frauduleuses qui auraient trompé l'acquéreur sur la valeur de quelques-uns des objets mis en vente.

CHAPITRE IX

De l'exagération des bénéfices.

Les vendeurs de fonds de commerce font miroiter aux yeux des acquéreurs l'appât de bénéfices considérables, ne vont-ils pas jusqu'à confectionner de toutes pièces de faux bilans et à produire des comptabilités fictives ! Les désillusions ne tardent pas à se produire, on essaie de revenir sur le marché, mais les vendeurs se refusent presque toujours à reprendre leur fonds, invoquant à l'encontre de leurs acheteurs, l'inexpérience commerciale ou des fautes dans leur gestion, ayant entraîné une baisse rapide dans le chiffre des affaires. Quelle sera donc la situation exacte de l'acquéreur ? sur quelles bases juridiques déclarer la résiliation de la vente ou la réduction de son prix ?

Section I. — *Application de la théorie des vices rédhibitoires.* — Certaines décisions se fondent sur la théorie des vices cachés. Cette jurisprudence semble consacrée par un arrêt de la Cour de Paris. En l'espèce, il s'agissait d'une charge de mandataire aux halles qui demandait la nullité et subsidiairement la résolution pour ce motif que la charge n'avait aucune valeur et ne rapportait aucun bénéfice. Le tribunal de Commerce avait prononcé la nullité, mais la Cour préféra le système de l'art. 1641 (1).

Notre arrêt se prononce nettement en faveur de la théorie

(1) Paris, 21 nov. 1905. *Gaz. Pal.*, 3 janvier 1906. (Pour une charge de mandataire aux halles). Ce jugement a fait application aux fonds de commerce de la jurisprudence admise en matière de cession d'offices ministériels. Ch. Requête, 24 février 1896. D. 97. 1. 276. — Bourges, 17 février 1899. D. 99. 2. 438. — Dans notre espèce, les bénéfices que pouvaient réaliser le vendeur étaient obtenus par des écritures irrégulières ayant existé avant et après la vente.

des vices cachés. Il est vrai qu'ici le vendeur s'était livré au cours de son exploitation antérieure, à des agissements illicites qui avaient pu attirer sur la charge une mauvaise réputation dans la clientèle, ce qui eût constitué incontestablement un vice caché. Seulement, la Cour de Paris paraît s'être exclusivement attachée à l'exagération des bénéfices au regard de l'acquéreur, et c'est en quoi sa décision nous semble critiquable.

Il faut avouer cependant que les décisions qui contiennent le terme même de vices cachés, sont rares (1). Nous voyons apparaître encore ici l'application de l'art. 1642. La seule préoccupation des tribunaux est de se demander si, en fait, l'acheteur a connu la situation, s'il a pu la vérifier et dans l'affirmative, ils lui refusent tout recours contre son vendeur. Les acheteurs, en leur qualité, disent les arrêts, avaient le devoir de vérifier les chiffres qu'on leur soumettait, et de ne pas accepter sans examen ce qui leur était dit, ils n'ont donc qu'à s'en prendre à eux-mêmes, s'ils ont imprudemment traité (2). Cette manière de voir est correcte : l'acheteur aurait pu se convaincre lui-même de la fausseté des allégations du vendeur, il aurait pu prendre connaissance de la comptabilité du fonds et ne pas traiter uniquement sur la foi des déclarations de son vendeur ; et si l'acheteur n'a pu d'aucune façon se renseigner, s'il n'a pu se rendre compte de la situation qu'après la prise de possession, il y aura lieu à une réduction du prix (3). Aussi, les tribunaux n'hésitent-ils pas

(1) Trib. Comm. Seine, 18 oct. 1905. *J. Trib. .Comm.* 1907. 214. « Constitue le vice caché de la chose vendue la déclaration inexacte faite frauduleusement par le vendeur d'un bénéfice supérieur ». — Amiens (2e Ch., 6 janvier 1905). *Rec. Amiens*, 1905. 166 : relatif à un fonds de boulangerie : le vendeur avait déclaré qu'il fabriquait un nombre précis de pains. Ce jugement invoque effectivement l'art. 1641. — Trib. Comm. Seine, 26 juillet 1899. *J. Trib. Comm.*, 1901. 173.

(2) Trib. Comm. Lille : 12 décembre 1912. *Gaz. Trib.*, 1913. 2. 59. — *En ce sens* : Trib. Comm. Seine, 2 décembre 1903. *J. Trib. Comm.* 1905, p. 277. — Cour de Rouen, 27 avril 1904. *Rec. Rouen* 1904, p. 122.

(3) Cour d'appel de Paris, audience du « 10 avril 1913 ». *Gaz. Trib.* 2. 397. 1913. « Rien n'établit que l'acheteur a eu connaissance par

à déclarer l'action de l'acheteur irrecevable, quand « il est demeuré employé au service du vendeur depuis plus de dix-huit mois » (1). Si avant de prendre possession du fonds « il a été mis à même de contrôler l'exactitude des dires de son vendeur (2). Dans ces conditions, en effet, il est mal venu à se plaindre, ayant eu tous les moyens de se renseigner et de voir quel était le rendement approximatif du fonds dont il se proposait de réaliser l'acquisition.

Cette partie de la jurisprudence qui applique en ce qui concerne l'exagération des bénéfices aux ventes des fonds de commerce l'art. 1641, est-elle à l'abri des reproches ?

Incontestablement non, et à notre avis, elle nous paraît méconnaître les principes élémentaires qui régissent la formation des contrats. Quand il y a des défauts cachés, la chose est altérée dans sa substance, non pas par la privation d'une qualité, mais par l'existence d'un défaut qui en compromet la durée ou qui en empêche l'usage. Or, comme le dit très bien un jugement de Rennes : « On ne saurait dire que la qualité essentielle d'un fonds de commerce est de rapporter des bénéfices et que tout fonds qui n'en rapporte pas est infesté d'un vice ». — Le fonds est simplement dépourvu d'un des éléments qui en augmentaient la valeur (3).

La conception qui nous paraîtrait acceptable, serait d'appliquer à l'exagération des bénéfices la théorie de l'erreur sur la substance.

Aux termes de l'art. 1110, alin. I. C. Civ. c'est une erreur sur les qualités de la chose vendue, c'est-à-dire sur les propriétés dont la réunion constitue le caractère spécifique de la chose et la distingue des choses de tout autre espèce. A ce

ailleurs des conditions d'exploitation du fonds avant la prise de possession ». Les recettes du vendeur étaient obtenues par l'exploitation du pari aux courses. — Seine, 6 mars 1898. *Rec. Havre* 1898. 2. 24. — *Rec. Nantes* 1912. 1. 405. Trib. Comm. Nantes, 24 avril 1912.

(1) Trib. Comm. Seine, 6 oct. 1904. *J. trib. Comm.* 1906. 205.

(2) Trib. Comm. Havre, 19 décembre 1905. Cour d'appel de Rouen, 24 février 1906. Jugement confirmatif : *Rec. Havre* 1906. 07. 2. 205.

(3) Rennes (3e Chambre), 4 mars 1907. — *Rec. Rennes*, 1907. 2. 82. Notice explicative dans *Recueil Sommaires* 1907.

titre, elle entraîne l'annulabilité du contrat, quand les parties l'ont envisagé come une qualité susceptible d'entraîner leur adhésion. L'absence de bénéfices est bien cette manière de voir. L'acheteur a cru trouver dans le fonds une qualité maîtresse qui lui manque. Peu de décisions font l'application de ces principes (1). La question de savoir si une qualité est substantielle est une question de fait, qui ne peut se résoudre que par l'appréciation des circonstances qui varient à l'infini. Ce principe a été consacré, en ce qui concerne l'exagération des bénéfices dans les fonds de commerce, par un arrêt de cassation (2).

Section II. — *Application des principes du dol.* — Mais cette doctrine n'est pas dominante, et la majeure partie des Cours d'appel et des tribunaux, fait à la majoration des bénéfices, l'application des règles du dol aux termes des art. 1116 du Code civ. et suiv. (3).

Par application de ces principes, des tribunaux se refusent à prononcer la nullité et accordent seulement la réduction du prix dans les cas où l'acquéreur d'un fonds, sans que son consentement ait été surpris, a seulement été induit en erreur sur sa véritable valeur (4). L'arrêt de 1898, en

(1) *Doctrine* : Pour être une cause de nullité du contrat, l'erreur doit porter sur la substance même de la chose : Aubry et Rau. *Cours de Droit Civil Français*, 4e édition, t. IV n° 343 bis, p. 296. — *Trib. Comm. Nantes*, 24 août 1901. *Rec. Nantes* 1902. 1. 40. « Le montant des bénéfices réalisés précédemment, a été pour l'acheteur la considération de premier ordre pour déterminer sa décision. » — Trib. Comm. Seine, 31 octobre 1908. *J. Trib. Comm.* 1910.138. « la vente doit être annulée pour erreur sur la substance, quand l'acheteur a été induit en erreur, à l'aide d'une comptabilité inexacte ». — Orléans, 17 mai 1906. *Gaz. Trib.*, 12 juin 1906, note. « L'erreur sur la substance peut entraîner la nullité de la vente, à la condition que les produits du fonds aient été mentionnés dans le contrat, et que leur importance ait été la cause déterminante ». Trib. Comm. Nantes, 1er juillet 1876. *Rec. Nantes*, 76. 1. 289.

(2) Cass., 22 oct. 1900. S. 1904. 1. 14.

(3) Demolombe : *Traité des Contrats*, t. I, n° 75. — Le dol pour entraîner la nullité des contrats, doit être un dol principal et non incident. Larombière : *Théorie et Pratique des obligations*, t. I, art. 1166 et suiv.

(4) Civ. Rejet, 15 février 1898. D. 98. 1. 192. (pour un hôtel meu-

réduisant seulement le prix de la vente, a appliqué la règle d'après laquelle le dol incident, s'il n'est pas une cause de nullité du contrat, donne ouverture à une action en dommages-intérêts contre l'auteur du dol. La réduction du prix est la forme la plus naturelle et la plus normale d'allouer des dommages-intérêts. Cette méthode évite les circuits d'actions. Si l'acheteur devait payer son prix, sauf à demander ensuite des dommages-intérêts, on aboutirait à des instances doubles, et l'acheteur courrait le risque de l'insolvabilité du vendeur.

Application intéressante du dol incident a été faite dans le cas où la majoration des bénéfices a été effectuée lors des pourparlers de la vente (1). Presque tous les arrêts pour maintenir la vente et prononcer la réduction du prix se basent simplement sur le fait qu'il n'y a pas eu des « manœuvres dolosives et frauduleuses suffisantes pour annuler la vente... (2).

Et d'accord avec elles-mêmes, de nombreuses décisions ralliées à cette doctrine, indiquent que l'acquéreur ne peut triompher dans son action en résolution ou en réduction, que tout autant qu'il aura fait la preuve des faits de dol et de fraude. C'est le rappel de l'art. 1116, dernier alinéa : « Il ne se présume pas, et doit-être prouvé... » (3).

blé). — Cour de Paris, 10 février 1874. *Journ. Trib. Comm.* t. XXIII, p. 425. — Paris, 28 mai 1886. *Pand. Franç.* 86. 2. 385. — 19 juin 1894. *La Loi* 1894, p. 858. 15 mai 1895. *Gaz. Trib.* du 3 oct. 1895. — Trib. Comm. Seine, 14 mars 1896. *La Loi*, du 2 juin 1896.

(1) Cour de Rouen. (*Rec. Havre* 1910. 2. 218), 8 juin 1910.

(2) Paris, 16 mai 1895. *Mon. Lyon*, 28 octobre 1895. Orléans, 28 février 1908. *Gaz. trib.*, 1908. 27 juin. 2° page 148. Ce jugement rappelle et mentionne l'arrêt de Cassation du 15 février 1898. — Paris, 9 nov. 1899. D. 1900. 2. 210. (Il y avait eu diminution des dépenses réelles, majoration des recettes et remise à l'acquéreur de listes de clients contenant des noms de personnes n'ayant jamais fait d'affaires avec le vendeur. — Trib. Comm. Havre, 2 mars 1898. *Rec. Havre* 1900. 1. 9. — Cour de Paris, 17 mai 1893. *Rec. Havre*, 1894. 2. 271. — Le Havre, 21 janvier 1884. *Rec. Havre* 1884. 1. 52.

(3) Paris, 16 mai 1895. *Journ. trib. Comm.* 1896, p. 369. *Gaz. trib.* 3 octobre 1895. — Tribunal Comm. Seine, 12 décembre 1895. *Journ. Trib. Comm.*, 1897, p. 127. — 28 nov. 1894 : Cour de Paris

Il est à remarquer que la plupart des décisions précitées exigent des faits précis, susceptibles de prouver la fraude alléguée, l'acheteur n'est dispensé de cette preuve difficile, parfois, que tout autant qu'une garantie de bénéfices a été insérée dans l'acte (1).

Certaines décisions, rares du reste, ont refusé à l'acquéreur toute action à l'encontre du vendeur, en se basant sur le caractère aléatoire de la chose cédée « la clientèle ». Le chiffre des affaires dépend d'un élément mobile, la clientèle, qui peut suivre ou ne pas suivre l'acquéreur (2).

D'autres ont refusé tout recours à raison de la nature même du fonds cédé (3). C'est ainsi que, pour la vente d'un externat, il a été décidé que ce contrat est aléatoire pour l'acheteur et que la seule garantie due par le vendeur, est l'existence dans son établissement, au moment de la vente, des élèves dont il donne le nom à l'acheteur.

Il y a donc, comme nous l'avons vu, l'application de règles fort différentes, de principes juridiques plus ou moins en opposition, mais qui, malgré tout, servent à la jurisprudence de base et de fondement pour maintenir la vente, la résoudre ou en diminuer le prix au profit de l'acheteur.

réformant jugement du 17 août 1893 du Trib. Comm. de la Seine. *Rec. Havre* 1895. 2. 266. — Rouen, 13 juillet 1904. *Gaz. Pal.*, 1904. 2. 558. —Trib. Comm. Seine, 25 oct. 1904. *Journ. Trib. Comm.* 1906. 214. — Rouen, 27 avril 1904. — *Rec. Rouen* 1904. 122. — Havre, 25 juin 1900. *Rec. Havre* 1900. 1. 76. — Même Trib., 2 mars 1898. *Rec. Havre* 1900.1°.9.

(1) Le Havre, 29 mai 1900. *Rec.* 1900. 1. 70. — Le Havre, 2 mai 1892. *Rec. Havre* 92. 1. 91. — Trib. Comm. Seine, 10 janvier 1907. — *J. Trib. Com.* 1908. 265. — Rouen, 2e Chambre, 24 février 1906. — *Rec. Havre*, 1906. 1907. 2. 205.

(2) Trib. Comm. Nantes, 1er juillet 1903. *Rec. Nantes* 1904. 1. 92.

(3) Trib. Civ. Seine, 26 décembre 1902. *Gaz. Trib.* 2e partie 1903. 1. 363. *Le Droit*, 20-21 avril 1903. — « La rentrée des élèves s'était effectuée avec une diminution de quinze élèves sur les trente et une qui fréquentaient l'externat l'année précédente. »

DEUXIÈME PARTIE

LA GARANTIE DE FAIT

CHAPITRE PREMIER

Clause d'interdiction de se rétablir

La garantie dont nous venons d'achever l'étude, est réglée par la loi, aussi est-elle appelée garantie de droit. La garantie de fait désigne les modifications conventionnelles que les parties peuvent faire subir à cette même garantie : elle fera l'objet de la deuxième partie.

On peut rencontrer des clauses extensives de la garantie ; parmi ces clauses figure « la garantie d'un certain chiffre d'affaires », elle se rencontre fréquemment. Mais il ne faut pas interpréter faussement cette clause : elle ne signifie pas que le vendeur garantit à l'acheteur qu'il fera un chiffre d'affaires ou un bénéfice annuel de pareille somme, et que ce résultat sera forcément atteint, mais simplement que lui-même a atteint le chiffre indiqué. Si donc, le vendeur a inexactement garanti le chiffre d'affaires, l'acheteur aura droit à une réduction du prix. Le vendeur, en effet, ne peut toucher la totalité du prix de vente, car une partie de ce prix n'a pas de cause : Il y a bien, en effet, absence de cause pour toute la partie du prix qui correspond à l'excédent du chiffre des bénéfices annoncés sur celui des bénéfices réels (1).

(1) Cass., 15 février 1898. D. 98. 1. 192. S. 98. 1. 445. — Paris, 16

En pratique, on rencontre plus souvent des clauses diminuant l'étendue de la garantie ou la cantonnant dans de justes limites. Dans les ventes de fonds, la clause la plus fréquemment insérée, est la clause d'interdiction de se rétablir. Il convient de préciser immédiatement ce qu'elle ajoute à l'obligation légale de ne pas se rétablir : Elle indique très souvent les actes interdits au vendeur, la nature du commerce prohibé désormais pour lui, le genre d'opérations commerciales dont il devra s'abstenir ; en ce sens, la clause précise l'obligation légale du vendeur et évite des difficultés ; mais elle n'ajoute rien : le principe directeur sera toujours le même : « Le vendeur ne doit point troubler son acheteur ». Mais la clause peut aggraver l'obligation légale ; nous devons nous rappeler en effet que la garantie étant de la nature de la vente, les parties peuvent supprimer ou diminuer l'obligation de garantie ; elles peuvent en augmenter l'étendue et obliger le vendeur à une garantie que la loi ne lui impose pas ; en ce sens, la clause augmente la portée, les conséquences et les effets de l'obligation légale. Mais cette garantie plus étendue, qui constituera une exception aux règles ordinaires de la vente, devra être stipulée expressément, et, dans le doute, elle s'interprètera en faveur du vendeur.

La clause d'interdiction constitue donc la partie la plus intéressante de la garantie de fait, car la clause prévue et autorisée par l'art. 1627 du Code Civil, aux termes duquel le vendeur « pourrait supprimer entièrement son obligation de garantie » n'existera presque jamais ; il est bien rare en effet que l'acte de vente ne précise et ne détermine les obligations du vendeur et l'affranchisse de toute obligation.

Section I : *Utilité de la clause.* — Nous avons vu que de

mai 1895. D. 95. 2. 440. — Paris, 9 nov. 1899. D. 1900. 2. 210. — Paris, 11 mai 1900. *Gaz. Pal.*, 25 sept. 1900, sauf si les causes de la diminution des recettes ne peuvent en rien être imputées au vendeur : en ce sens : Cass., 9 juin 1879. S. 79. 1. 368. — Trib. Comm. Nantes, 1er juillet 1903. *Rec. Nantes* 1904. 1. 92.

nombreuses contestations s'élèvent sur l'étendue des obligations du cédant (1). L'interdiction de se rétablir, telle qu'elle résulte implicitement de la cession d'un fonds de commerce, laisse au juge un large pouvoir d'appréciation. Les parties peuvent craindre ce pouvoir arbitraire : Quels sont exactement les actes interdits ? Quelles sont l'étendue territoriale et la durée de la prohibition ? L'interdiction de se rétablir s'harmonise si bien avec la nature du contrat de vente, que nous avons pensé qu'à défaut de clause spéciale, le vendeur est obligé de droit à ne pas s'installer à la tête d'un commerce similaire « dans des conditions de temps et de lieu qui puissent créer une concurrence à son acheteur ».

« Le vendeur pourra se rétablir après un temps suffisant pour fixer la clientèle au profit du fonds cédé ». Ce sont là des formules un peu vagues, et laissant la porte ouverte à une interprétation douteuse, d'autant plus que les tribunaux auront toujours à apprécier des questions essentiellement de fait.

Nous ne saurions trop conseiller aux intéressés de déclarer expressément dans le contrat de cession, s'il est défendu au cédant de se rétablir et en cas d'affirmative, de préciser la portée de cette interdiction ; ils éviteront par là, l'incertitude qui plane sur leurs droits respectifs « on évite des discussions sur la mesure dans laquelle le vendeur a enchaîné sa liberté » (1).

MM. Lyon-Caen et Renault tout en reconnaissant l'utilité de ces stipulations font une remarque qui n'est pas dépourvue d'intérêt « Les clauses d'interdiction, disent ces auteurs, manquent souvent de netteté, et font ainsi naître des contestations qu'elles ont cependant pour but d'éviter (2).

Nous répondrons que les questions délicates qui parais-

(1) M. Léon Lacour, note au Dalloz. 1909. 1. 281.
(1) Thaller : *Traité de Droit Commercial*, page 65.
(2) Lyon, Caen et Renault : *Traité de Droit Commercial.*

sent se rattacher à ces clauses, naissent moins des clauses elles-mêmes, que de la nature complexe de la cession d'un fonds de commerce, et d'autre part, les parties dans leur intention de concilier leurs intérêts dans la mesure du possible, ne peuvent prévoir les difficultés sans nombre auxquelles elles pourront se heurter.

Alors même qu'on ne voudrait pas faire de différence dans les effets de l'obligation et sa sanction, selon qu'elle résulte de plein droit du contrat de vente ou qu'elle dérive d'une clause additionnelle portant interdiction expresse, l'insertion dans l'acte de vente d'un fonds de commerce d'une stipulation spéciale d'interdiction sera donc toujours utile, et les rédacteurs de ces actes devront déterminer avec soin l'étendue du rayon de protection tracé autour de l'établissement vendu, ainsi que la durée de l'interdiction, si elle doit être temporaire, et c'est le véritable moyen d'éviter toute contestation.

Section II. — *Conditions de validité de l'Interdiction Conventionnelle de se rétablir.* — La liberté commerciale est le fondement de notre organisation économique : l'art VII du décret des 2-17 mars 1791 la proclame. C'est une règle d'ordre public (1). Malgré le caractère d'ordre public du principe de la liberté commerciale, la jurisprudence admet depuis longtemps, la validité des conventions limitant la faculté de faire tel commerce, pourvu qu'elles soient simplement restrictives du droit de faire le commerce ou d'exercer une industrie, et non prohibitives.

L'interdiction conventionnelle de se rétablir, n'est valable qu'à la condition d'être limitée quant au temps ou quant au lieu. Les conventions sont donc libres, pourvu que l'interdiction soit renfermée dans certaines limites. Stipulée d'une manière absolue, elle serait nulle comme contraire à la liberté du commerce ou de l'industrie. « Le principe de Droit

(1) Cass., 4 juillet 1888. S. 91. 1. 113. — Même d'ordre public international : Aix, 19 déc. 1892. S. 93. 1. 202. Note Naquet. Req., 29 mai 1894. S. 94. 1. 481, note Lyon-Caen.

n'est contesté par personne, la liberté commerciale est de droit public, il ne peut y être apporté d'autres restrictions que celles résultant de la loi ou des conventions. Encore le restriction ne doit-elle pas être une interdiction absolue » (1). « Une déclaration générale de ne plus se rétablir, dit Thaller, est dénuée d'effet » (2). Telle est la condition substantielle, requise à peine de nullité, pour la validité de la classe d'interdiction.

En somme validité de l'interdiction relative à un commerce déterminé, pourvu qu'elle soit limitée de l'une ou de l'autre manière. Ce principe est admis d'une façon unanime, de nos jours, et bien peu de questions juridiques ont, comme celle-ci, rallié les suffrages de la doctrine et la jurisprudence (3). Le principe est, du reste, admis d'une façon formelle par la Cour de Cassation (4). Il suffit pour que la renonciation soit considérée comme licite et valable, qu'elle apparaisse comme limitée seulement au point de vue du temps ou au point de vue du lieu. Une seule des deux limitations suffit. Cette manière de voir est admise sans contestation par les Cours d'appel et les trbunaux : ils n'hésitent pas à valider l'engagement pris par le vendeur, dès qu'il

(1) Laurent : *Droit Civil Français*, t. XXIV, n° 185.

(2) Thaller : *Traité droit Commercial.* — Voir l'excellent article de C. Aymé, cité dans la *Revue de Droit Commercial, Ind et Maritime* 1861. 2. 505. — Marseille, 5 juillet 1905. *Rec. Marseille*, 1905. 1. 335.

(3) Voir sur la validité de la clause : Léon Lacour note au Dalloz 1906. 1. 489. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 247. Pouillet n° 577. — Lèbre, n° 91. — Ruben de Couder : dictionnaire n° 26. V° Fonds de commerce.

(4) Cass., 17 janvier 1898. D. 1898. II. 351. — Civ. Rej. 30 mars 1885. D. 85. 1. 247. — Paris, 14 janv. 1889. D. 90. 2. 289, note Planiol.— Req. 7 fév. 1898. D. 99. 1. 509.— 1er fév. 1899. D. 99 1.r309.— Civ. 2 juil. 1900. D. 1901. 1. 294 aux termes de cet arrêt, « la restriction est valable, lorsque, librement consentie, elle est perpétuelle, mais limitée à un lieu déterminé, comme aussi lorsque, s'étendant à tous les lieux, elle ne doit être observée que pendant un certain temps ». Civ., 14 mars 1904. D. 1904. 1. 613. Cette jurisprudence est ancienne : Req., 5 juillet 1865. D. 65. 1. 425 (interdiction limitée au département du Nord). Req., 21 février 1862. D. 62. 1. 185, note.

leur apparaît limité, soit quant au temps, soit quant au lieu (1).

L'insertion d'une clause d'interdiction peut se rencontrer dans la licitation d'un fonds de commerce. Le cahier des charges de la licitation peut préciser l'étendue de cette obligation de garantie : Les parties peuvent avoir interdit aux collicitants, aux associés non adjudicataires, de se rétablir ou de ne se rétablir qu'à certaines conditions, et à l'expiration d'un certain délai. Les restrictions au droit de se rétablir sont valables sous les conditions générales que nous avons étudiées. Donc, les copropriétaires d'un fonds dont la licitation est poursuivie peuvent convenir de l'insertion dans le cahier des charges d'une clause d'interdiction (2). Ils peuvent, par exemple, y insérer une clause portant interdiction à celui d'entre eux dont le nom patronymique désigne la maison de commerce licitée de faire, pendant un temps déterminé, sous ce nom, un commerce semblable à celui qui a fait l'objet du fonds mis en vente (3). — Ainsi insérée dans le cahier des charges, l'interdiction peut être invoquée, soit par des tiers, soit par celui des associés déclaré adjudicataire à la suite de la licitation (4). Mais il y a lieu de remarquer le pouvoir particulier des tribunaux en matière de licitation : le principe de l'égalité entre les copartageants, en

(1) Paris, 6 juillet 1893. D. 1894. 2. 100. D. 1894. 1. 16. — Paris, 28 mai 1895. D. 1896. 2. 400. Sirey 1896. 2. 234. — Comm. St-Etienne, 7 juillet 1897. *J. Trib. Comm.* 1898. 812. — Comm. Seine, 11 sept. 1897. *J. Trib. Comm.* 1898-134. — Paris, 2 nov. 1898. *Gaz. Trib.*, 2 décembre 1898. — Douai, 1er mai 1900. *Le Droit*, 21 octobre 1900 et *Gaz. Trib.* 17 juillet 1900. — Paris, 7 décembre 1891. *Le Droit*, 6 janv. 1892. — Comm. St-Etienne, 24 février 1897. *Gaz. Pal.*, 1897. 2. 676. — Rouen, 9 août 1899. *J. Trib. Comm.*, 1900-859. — Paris, 21 février 1900. D. 1900. 2. 476. — Lyon, 20 oct. 1900. *La Loi*, 1er juillet 1900. Cassation, 1 juillet 1867. Sirey 1867. 1. 399. D. 1868. 1. 21. — Rouen, 9 août 1899. *Journ. Trib. Comm.* 1900, p. 859. — Paris, 15 février 1904. *Gaz. Pal.*, 15 mars 1904 (arrêt relatif à un employé).

(2) Trib. civ. Seine, 28 février 1910. *Rec. Havre* 1910. 2. 190.

(3) Civ. Cass., 28 avril 1884. D. 84. 1. 329. — Mais cet arrêt met à l'insertion d'une telle clause une condition : Il faut l'accord entre les copropriétaires, sinon les tribunaux ne peuvent l'insérer.

(4) Lyon, 18 juin 1895. S. 95. 2. 302.

vertu duquel tout copropriétaire exerçant son droit de propriété a l'obligation de ne point nuire aux autres, autorise les tribunaux à prohiber la création d'un établissement rival de celui dont ils ordonnent la licitation, si cet établissement doit être créé par un des anciens associés, car cette interdiction est indispensable pour maintenir l'égalité entre les colicitants (1).

Ils ont donc le droit d'insérer au cahier des charges, malgré l'opposition d'un des cohéritiers, une clause interdisant à chacun des colicitants de se rétablir dans le même commerce pendant un temps déterminé et dans un lieu également déterminé (2). Mais ils ne doivent pas mettre les associés anciens dans l'impossibilité absolue de gagner leur vie (3). On ne saurait donc objecter qu'en insérant une telle clause, les tribunaux excèdent leurs pouvoirs (4).

Ajoutons, à titre de remarque, que la solidarité ne se présumant pas, les covendeurs d'un fonds de commerce indivis ne sont pas tenus à la garantie solidaire, quand aucune stipulation formelle n'a été faite à ce sujet (5).

L'insertion d'une clause d'interdiction dans le cahier des charges, à la suite de la licitation d'un fonds de commerce, sauf en ce qui concerne les pouvoirs particuliers des tribunaux, est donc soumise aux conditions générales que nous avons posées pour sa validité.

(1) Cour de Paris, 17 janv. 1883. D. 84. 2. 60.

(2) Cour de Paris, 7 mars 1891. D. 92. 2. 15. — Cass. chambre Civile, 9 janvier 1884. D. 85. 1. 32 « les tribunaux ont, en matière de liquidation de société, le devoir de maintenir le principe de l'égalité entre les associés ».

(3) Nantes, Trib. Comm., 25 avril 1900. *Rec. Nantes*, 1900. 379.

(4) Cass., 28 avril 1884. D. 84. 1. 329. « Pour insérer cette clause cet arrêt indique qu'il faut l'accord de tous les associés vendeurs. » — En ce sens : Trib. civ. Seine, 28 février 1910. *Rec. Havre* 1910. 2. 190. — Si les copropriétaires d'un fonds licité peuvent s'entendre pour faire insérer dans le cahier des charges une clause d'interdiction, les tribunaux ne peuvent la leur imposer ». Trib. civ. Seine, 23 mars 1898. *Le Droit*, 27 mai 1898.

(5) Paris, 11 décembre 1895. *Pand. Franç.*, 1897. 2. 63. *Gaz. Pal.*, 1896. 1. 178.

Il résulte des observations qui précèdent, que quand la renonciation à l'exercice d'un certain commerce, quoique perpétuelle, est restreinte à un lieu déterminé, il y a lieu de la déclarer valable (1).

Nous n'insisterons donc pas davantage sur les conditions de validité de la clause d'interdiction de se rétablir, car le principe est universellement admis et reconnu. Indiquons que la limitation, quant au lieu, est parfois impossible pour certaines industries ayant des débouchés dans le monde entier ; ainsi, pour la fabrication de canons, d'armes de guerre, l'interdiction peut alors s'étendre à tout un pays « ou même à tous les pays (2). Il est évident, en effet, que la création d'un seul établissement dans un pays quelconque, causerait un grave préjudice à l'acquéreur du fonds par la concurrence qu'il établirait. On a considéré que la limitation quant à l'objet, suffisait. C'est ainsi que la limitation consistant dans la faculté pour le vendeur de se rétablir après la disparition du fonds vendu, est suffisante (3). On ne peut s'empêcher de remarquer que la façon dont les tribunaux entendent ainsi la limitation au point de vue du temps est critiquable. Dans l'espèce précitée, il avait été entendu que « tant que le concessionnaire ou ses ayants droit continueraient à exploiter le fonds vendu, l'interdiction imposée au cédant durerait ». Or, la transmission du fonds à un des héritiers du cessionnaire ou sa vente, n'aurait pas mis fin à cette interdiction (4). Comme le dit très bien M. Léon Lacour :

(1) Trib. Sens, 28 oct. 1887. *Gaz. Pal.*, 87. 2. supp. 75. — Douai, 30 avril 1888. *Gaz. Pal.*, 88. 2. 282. — Montpellier, 21 mars 1891. *Gaz. Pal.*, 91. 2. supp. 21. — Paris, 28 mai 1892. *Le Droit*, du 28 juin 1892. D. 93. 2. 399. — Bordeaux, 20 février 1895. *Journ. arr. Bordeaux*, 1895. 1. 106. — Paris, 12 janvier 1898. *Gaz. Pal.*, 98. 1. 312. — Trib. Seine, 23 mars 1898. *Le Droit*, du 27 mai 1898. Trib. Comm. St-Etienne, 13 juillet 1899. *Gaz. Pal.*, 99. 1. 303.

(2) Lyon-Caen et Renault. Civ. Rej., 2 juillet 1900. D. 1901. 1. 294.

(3) Douai, 30 avril 1888. *Ann. Prop. ind.* 1890, p. 354. — Cass. Civ. 9 février 1898. S. 98. 1. 120. Cette limitation peut paraître insuffisante.

(4) Amiens, 14 avril 1883. S. 83. 2. 174. Trib. Com. Vervins, 16 mars 1886. *Ann. Prop. Ind.* 1891, p. 2. — Arrêt de Cass. Civ. 9 fé-

« Il aurait fallu qu'une éventualité, impossible à prévoir, déterminât le cessionnaire ou ses ayants cause à abandonner ce genre d'exploitation ».

« Est-il permis de dire que la liberté du vendeur n'est entravée que pour un temps déterminé, alors qu'il est obligé de subir cette entrave, non pas jusqu'à l'arrivée d'un événement certain, tout en étant plus ou moins éloigné, en un mot, d'un terme, mais jusqu'à la réalisation d'une condition d'un événement futur et absolument incertain, puisque l'exploitation du fonds par les ayants-cause de l'acheteur peut se prolonger indéfiniment ». Mais le délai de l'interdiction ne doit pas être d'une durée telle qu'il en résulte une interdiction absolue (1).

L'interdiction est valable, quand elle n'est limitée qu'à une branche de l'industrie qui fait l'objet du fonds vendu (2). Il est évident, en effet, que dans cette hypothèse le vendeur conserve sa liberté commerciale pour l'industrie qui n'a pas été visée par la clause d'interdiction.

Section III. — *Pouvoirs des tribunaux en présence d'une interdiction absolue.* — Quels sont donc les pouvoirs des tribunaux en présence d'une clause d'interdiction absolue ? La Cour de Cassation laisse aux juges, en cette matière, une grande latitude, et elle considère à bon droit qu'il leur appartient de scruter l'intention des parties et de déclarer la clause valable, lorsqu'ils constatent qu'une certaine limitation sans apparaître à la lecture de l'acte, a cependant existé dans

vrier 1898. *Pand. Franç.* 1. 241. — S. 98. 1. 121. Voir sur l'interprétation de la clause, les réflexions de M. Léon Lacour, note au Dalloz. 1906. 1. 489.

(1) Cas., 19 décembre 1860. *Ann. Prop. Ind.* 1865, 280. — Un arrêt de la Cour de Paris, du 28 mai 1892 (*Gaz. trib.*, 13 août 1892) a pourtant validé l'engagement de ne pas faire valoir directement ou indirectement, à Paris, une agence de vente de fonds de commerce, bien que le défendeur soutint que cette industrie ne pouvait, en fait, s'exercer, de façon lucrative, qu'à Paris.

(2) Paris, 29 décembre 1887. (*Droit*, 5 janvier 1888) : un marchand de bijoux, de diamants et d'horlogerie peut, en vendant son fonds, s'interdire absolument tout autre commerce que celui des diamants.

leur pensée commune, et en thèse générale, elle attribue à la limitation implicite la même valeur qu'à la limitation exprimée (1). Mais si les juges ont le pouvoir d'interpréter les termes de la convention d'après la volonté des parties, s'ils ont le devoir de scruter cette intention, pour déclarer la clause valable, ils ne peuvent pas la modifier de leur propre autorité, de manière à ce que l'interdiction soit restreinte à un lieu déterminé (2). Et M. Planiol d'indiquer : « Substituer à l'interdiction absolue d'exercer une industrie, une interdiction relative, c'est substituer à l'obligation créée par les parties une obligation différente créée par le juge, c'est imposer aux parties une convention qu'elles n'ont point faite, c'est contrevenir à l'art. 1134 C. civ. qui garantit le respect des conventions » (3). Ces principes ont, du reste, été proclamés d'une façon bien nette, par M. l'Avocat général, Paul Fabre, dans ses conclusions, lors d'un arrêt de 1865. « Pour qu'il puisse y avoir violation de l'art. 1134, C. civ., il faut que le juge, après avoir déclaré que l'intention des parties a été de faire cette convention, ajoute que néanmoins lui, juge, pour des raisons d'équité, croit devoir modifier la convention faite » (4). Ainsi donc, les tribunaux peuvent interpréter les termes mêmes de la convention, d'après la volonté des parties, et une interdiction qui paraît absolue, peut être entendue comme s'appliquant seulement à la ville où les parties ont contracté.

Là ne s'arrête pas leur pouvoir, et M. Planiol remarque très justement qu'ils peuvent encore arriver à un résultat analogue en décidant que, même la clause étant annulée

(1) Paris, 27 avril 1861. — Cass., 21 février 1862. D. 62. 1. 185. — Comm. Clermont-Ferrand, 18 mai 1900, *Gaz. Pal.*, 8 janvier 1901. — Paris, 27 juin 1903. *Le Droit*, 29 nov. 1903. — 15 février 1904. *Gaz. Pal.*, 15 mars 1904.

(2) Cass.,25 mai 1868. D. 69. 1. 277, l'arrêt de Cassation déclare « que la Cour n'a pas interprété la convention des parties, mais en a, de son aveu, modifié les clauses.

(3) Planiol, note au Dalloz 1890. 2. 289, sous Paris, 7 janv. 1890.

(4) 22 nov. 1865. Cass. D. 66. 1. 108.

comme illicite, les obligations découlant du contrat de vente suffisent pour interdire au vendeur de se livrer à un commerce semblable dans des conditions de nature à porter préjudice à l'acheteur de son ancien établissement : « Le vendeur, dit-il, est toujours responsable envers l'acheteur de ses faits personnels et de leurs suites dommageables, et cette espèce particulière de garantie est de l'essence du contrat de vente, art. 1628 » (1).

Nous devons, maintenant, après avoir indiqué les pouvoirs des tribunaux, nous demander quelle sera la situation des parties, du vendeur et de l'acheteur, en présence de la nullité de la clause d'interdiction.

Section IV. — *Conséquences de l'annulation de la clause.* — Le vendeur pourrait-il dire : La clause est nulle, donc je suis libre de me rétablir où et quand il me plaira ? Nous ne le pensons pas (2). La nullité ne peut avoir pour conséquence de soustraire le vendeur à toute garantie et de le délier de toute obligation envers l'acheteur, en laissant celui-ci exposé, sans recours possible, aux actes dommageables du vendeur.

La suppression de la clause annulée équivaut à l'absence de clause, et nous avons vu qu'alors même que les parties n'ont pas expressément stipulé l'interdiction par le vendeur de se rétablir, c'est aux tribunaux d'imposer, à ce dernier, certaines conditions, à restreindre son rétablissement à certaines limites, et cela en vertu des principes généraux de la garantie. Le droit commun reprend son empire, et l'annulation de la clause ne peut placer le vendeur dans une situation meilleure. D'ailleurs, le vendeur auquel une clause de son contrat interdit d'une façon absolue d'exercer le même

(1) Planiol note au Dalloz 1890 (précitée).

(2) En ce sens : Boutaud et Chabrol, page 159. — Lèbre, page 103. n° 92. — Lyon-Coen et Renault. N° 247 bis traite, t. III. — Ruben de Couder suppl. n° 27. V° Fonds de commerce. — En ce sens : Douai, 3 mai 1887, *Ann. Prop. Ind.* 1891, p. 11 avec note. — Paris, 28 mai 1895. D. 95. 2. 399. Trib. Comm. St-Etienne, 7 juillet 1897. — *Le Droit*, du 22 juillet 1897.

commerce, à quelque époque et à quelque lieu que ce soit, a un intérêt actuel et immédiat à ne pas être tenu par cette clause, et il peut, en conséquence, en demander la nullité, encore bien que l'exercice de son droit de faire le commerce ne soit pas actuellement entravé (1).

Mais ne peut-on pas dire, d'un autre côté, que si le vendeur demande la nullité de l'engagement par lui contracté, de ne jamais se rétablir, l'acquéreur a le droit de riposter, en demandant la nullité de la vente elle-même, qui contient cet engagement ? On a soutenu l'affirmative. L'acquéreur, a-t-on dit, n'a à payer son prix que contre la certitude de n'avoir pas son vendeur, pour concurrent ; si donc ce dernier n'exécute pas le contrat, l'acquéreur est fondé à en poursuivre la résolution, en vertu de l'article 1184 du Code civil (2). Le raisonnement est séduisant par sa logique, et l'on serait tenté de l'admettre, car la vente est bien une convention synallagmatique et engendre des obligations corrélatives.

Mais cette thèse a rencontré des contradicteurs, et il semble, en effet, difficile d'admettre que l'inexécution d'une obligation, basée sur une clause illicite, puisse donner lieu à la résolution du contrat qui renferme cette clause (3). L'annulation de la clause ne peut donc exercer aucune influence sur le contrat de vente lui-même. La vente du fonds de commerce subsiste avec tous ses effets. C'est absolument comme si aucune clause n'avait été stipulée, et les principes mêmes de la garantie des art. 1625 et suiv. du Code civil suffiront pour garantir l'acquéreur du détournement de la clientèle et de tout agissement dolosif de son vendeur.

On peut donc affirmer que la nullité de la clause n'entraînera pas la nullité de la cession elle-même. Cependant ne se trouve-t-on pas ici dans les prévisions de l'art. 1172 C. Civ.

(1) Paris, 6 juillet 1893. S. 94. 2. 100.

(2) J. Le Berquier, bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris « De l'Interdiction de se rétablir dans un cas spécial ». J. F. 1. 2.

(3) Lèbre n° 92.

aux termes duquel « toute condition... d'une chose prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend » ? L'objection n'est pas dépourvue de fondement : Néanmoins, elle ne serait exacte que si nous nous trouvions en présence d'une condition, au sens juridique du mot, c'est-à-dire, d'un événement futur et incertain, de l'arrivée duquel les parties font dépendre le sort d'un acte juridique. Or ici, ce n'est qu'une simple clause additionnelle à la convention, qui a pour objet de préciser les obligations du vendeur, et d'en fixer l'étendue. Il y a ici l'intervention de principes supérieurs : Les parties ont donné à cette clause, dit M. Lacour « un caractère trop rigoureux, inconciliable avec le principe de la liberté du commerce ». (1)

Nous ajouterons enfin, que la convention ne pourrait être annulée que tout autant que les parties ont entendu subordonner l'existence même de la cession à l'efficacité de la clause. Or, on ne peut présumer une pareille intention, et ce serait aller contre leur volonté vraisemblable que de faire tomber le contrat tout entier.

Comme nous le disions plus haut, la clause illicite sera réputée non avenue, et l'acheteur pourra invoquer l'obligation de garantie inhérente à tout contrat de vente, qui « emporte pour le vendeur et ses héritiers, celle de s'abstenir de tout acte qui tendrait à inquiéter l'acheteur ou à le priver de partie des avantages sur lesquels il pouvait compter » (2). Le cessionnaire ne sera donc pas désarmé en présence de la concurrence que lui ferait son cédant.

Une dernière considération pour terminer nos observations :

En vertu des principes généraux de la garantie, le vendeur est suffisamment maitrisé, et la nullité de la clause n'empêche donc pas ce dernier d'être tenu de cesser la concurrence. On est tenté de conclure, en entendant ainsi de la façon la

(1) Léon Lacour, note au Dalloz.
(2) Aubry et Rau, loc. cit, t. IV, n° 355.

plus large l'obligation de garantie du vendeur, que les clauses ayant pour objet de lui interdire l'exploitation d'un établissement de même genre ne présentent, en définitive, aucune utilité réelle pour l'acheteur.

Théoriquement, cette observation est exacte. On n'aperçoit pas comment les stipulations insérées dans le contrat pourraient en quoi que ce soit, aggraver l'obligation du cédant, puisqu'elle s'étend « de plano » aussi loin que l'exige l'intérêt légitime du cessionnaire. Mais cependant une différence a été faite, en ce qui concerne la preuve à faire pour le demandeur, l'acquéreur du fonds : quand l'acte de vente contient une clause d'interdiction pour le vendeur de créer un établissement similaire, en cas d'infraction à cette clause formelle, l'acquéreur n'a pas à établir un préjudice actuel, il n'a qu'à prouver que le vendeur a manqué à son obligation, et qu'il a fondé un établissement similaire (1).

Mais lorsqu'il ne se trouve pas dans l'acte, de clause spéciale, les juges devront être moins stricts pour le vendeur, et il sera nécessaire que l'établissement nouvellement créé cause un préjudice à l'ancien, pour que ce dernier puisse obtenir une condamnation à des dommages-intérêts. Cette distinction est exacte.

(1) Trib. Rennes, 20 sept. 1907. *Le Droit* du 7 nov. 1907. — Texte dans *Gaz. des Trib.*, du 5 octobre 1907.

CHAPITRE II

Hypothèses diverses où la Clause d'Interdiction conserve son effet

---

Section I. — *Faillite de l'acheteur.* — Divers événements sont sans l'influence sur la clause d'interdiction, et le vendeur reste toujours tenu de l'observer.

Il n'est pas autorisé à se rétablir, sous prétexte que l'acheteur, étant tombé en faillite, ne lui a pas intégralement payé son prix d'acquisition. La masse qui va faire vendre le fonds a, en effet, un intérêt légitime à s'opposer au retablissement du vendeur ; de son côté, le failli peut être remis à la tête de ses affaires et récouvrer le droit de se prévaloir de l'obligation de garantie qui incombe à son vendeur (1). Il en serait ainsi, même si les magasins du failli avaient été fermés temporairement, et y eut-il non exploitation par le syndic du fonds de commerce qui a fait l'objet du contrat (2). Nous déciderons à plus forte raison que le vendeur ne peut plus se rétablir après que son acquéreur a obtenu son concordat, car dans cette hypothèse, ce dernier conserve le droit de se livrer au commerce, et il est nécessaire de le garantir de toute concurrence de la part du vendeur.

Pratiquement, et le fait n'est pas rare, une transaction intervient entre le vendeur non payé et le syndic de la faillite, par laquelle le vendeur est autorisé à se rétablir moyen-

(1) Com. Seine, 30 sept. 1886. *J. Trib. Com* 1888, 73.
Riom, 27 mai 1899 et 16 juillet 1900. *Rec. Riom* 1899. 1900, 68 et 348.
(2) Trib. Com. Nantes, 9 décembre 1889. Rec. Nantes 1889. 1. 375. Le vendeur prétendait avoir le droit de se rétablir après la faillite de son acheteur, lorsque plusieurs mois s'étaient écoulés.

nant l'abandon de tout ou partie de sa créance contre la faillite (1), toutefois, le vendeur qui se rétablit, se croyant délié par la faillite peut ne pas encourir la clause pénale insérée dans l'acte. C'est là une décision de fait basée sur la bonne foi du vendeur (2). La question de la faillite conduit inévitablement à se demander quels sont les pouvoirs du syndic, dans la vente après faillite d'un fonds de commerce, pour insérer la clause d'interdiction ?

Nous avons vu (1re partie, chapitre I, page 28, Sect. IV), que, suivant l'opinion générale, le failli, est tenu de plein droit, de l'obligation de garantie résultant du droit commun à la charge de tout vendeur, même involontaire. Nous n'avons donc qu'à nous demander ici, si le failli est lié par les clauses d'interdiction spéciales insérées dans le cahier des charges par le syndic, comme utiles, pour faciliter la vente du fonds de commerce ? nous devons admettre l'affirmative (3). La renonciation au droit d'exercer un commerce similaire peut donc être prise par le syndic, car elle ne constitue pas un droit exclusivement attaché à la personne. Du reste, il appartient au syndic tout particulièrement de réaliser au mieux des intérêts de tous, l'actif de la faillite, et à cet effet il a incontestablement le droit d'insérer dans le cahier des charges, les conditions jugées les plus utiles pour faciliter la vente. Parmi ces conditions figure au premier rang l'interdiction imposée au vendeur de se rétablir. Il n'y a là que la promesse de garantie du fait personnel du vendeur : elle doit lier le failli, qu'elle soit expressément stipulée dans le cahier des charges, ou qu'elle en résulte implicitement de l'ensemble.

(1) Comm. Seine, 29 août 1882. *J. Trib. Com.* 1882. 474.
(2) Paris, 12 décembre 1850. D. 71. 2. 62. S. 51. 2. 79.
(3) En ce sens. Amiens, 30 avril 1875. S. 75. 2. 213. — Cass., 21 juillet 1891. D. 93. 1. 123. Ann. Prop. Ind. 1892, p. 73.
En sens contraire : Paris, 17 décembre 1888. Droit Industriel, 1889, p. 142 et *Ann. Droit. Com.* 1889. 38. « Cette clause tendrait à priver le failli des moyens d'exécuter son concordat, et de ses moyens d'existence ; elle serait nulle comme contraire à la liberté de l'industrie. »

De même, le défaut de paiement du prix de vente du fonds de commerce n'autorise pas le vendeur à tenir pour non-avenue la clause d'interdiction (1). C'est l'application pure et simple de l'art. 1184, C. Civ, le contrat n'est point résolu de plein droit, La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a seulement la faculté d'en demander la résolution à la justice.

Section II. — *Expropriation du fonds.* — L'expropriation du fonds pour cause d'utilité publique, ne fait point disparaître davantage l'efficacité de la clause d'interdiction : décision facile à justifier par la faculté que laisse l'expropriation de rétablir le même commerce dans un autre immeuble du même quartier, elle fait même obtenir une indemnité pour se rétablir : elle n'a ni pour but, ni pour résultat, de détruire le fonds, et l'on ne pourrait soutenir que l'obligation du vendeur est éteinte par suite de la perte du fonds (2). (Cod. Civ. art. 1234 et 1302), et peu importe que l'acquéreur exproprié se fût rétabli dans un quartier éloigné, son absence, en effet, peut n'être que momentanée et il peut vouloir, plus tard, se rétablir dans le voisinage de son ancien établissement (3).

Comme on l'a dit très justement : l'indemnité donnée au commerçant, représente les dépenses que son déménagement entraîne, et l'augmentation de loyer et la perte de clientèle qui peuvent être la suite d'une nouvelle installation. Le vendeur du fonds n'est pas davantage délié de son obligation par cela seul que le fonds avait été transporté dans une autre maison (4).

(1) Cour de Paris, 10 juin 1887. *Ann. Prop. Ind.* 1891. 30. Trib. Com. Seine, 30 sept. 1886. *Jour. Trib. Com.* 1888, p. 73. — Montpellier, 31 mars 1891. *Ann. Prop. Ind.* 1892, p. 96.

(2) Paris, 18 août 1869, aff. Lefèvre. D. 74. 5. 536.

(3) Trib. Com. Seine, 13 mars 1868. *Journ. Trib. Com.* 1868, p. 445.

(4) Paris, 9 juillet 1857. *Journal Tribunal Comm.* 1858. 184. — Trib. Comm. Marseille, 20 nov. 1889. *Journ. Jurisp. Marseille* 1890. 1. 71. — Mais il y a une particularité à relever dans l'hypothèse prévue dans ce jugement, le vendeur s'étant réservé le droit d'éta-

Section III. — *Revente du fonds. La clause peut-elle être invoquée par l'acquéreur actuel, contre le vendeur primitif ?* — La revente du fonds ne fait point cesser l'interdiction. Cette hypothèse soulève une question fort importante, car elle se pose souvent dans la pratique. La clause d'interdiction peut-elle être invoquée par l'acquéreur du fonds à qui le cessionnaire primitif l'aurait rétrocédé, et à tout cessionnaire ultérieur, contre le vendeur primitif ?

Remarquons que le vendeur peut ne prendre l'engagement de ne pas se rétablir qu'au profit de son acquéreur immédiat (1). Mais il est à remarquer que cette clause sera très rare, car elle a pour conséquence de diminuer la valeur marchande du fonds entre les mains de l'acheteur, qui pourra trouver difficilement à le revendre à un tiers, qui aurait à craindre la concurrence du premier vendeur.

Cette hypothèse mise à part, nous devons dire que l'affirmative est ici admise à peu près unanimement (2). L'engagement pris par le vendeur de ne pas se rétablir profite, non seulement à l'acquéreur, mais à son successeur, donc, alors même que le fonds a fait l'objet de plusieurs ventes successives, le vendeur primitif reste toujours tenu, et ne peut se considérer délié de l'interdiction de se rétablir. Il n'est pas nécessaire que le contrat de vente du détenteur actuel du fonds contienne l'interdiction de se rétablir : si le vendeur primitif était autorisé à exploiter un fonds similaire, on arriverait à faire perdre au posssesseur actuel du fonds, tout ou partie d'une clientèle qu'il a envisagée lors de la vente, et dont il a payé le prix (3).

C'est plus qu'il ne faut pour justifier cette solution.

blir un fonds similaire, dans l'acte de revente. — Pour M. Pouillet, (n° 598) l'acquéreur ne pourrait pas se plaindre, s'il allait s'établir lui même dans le voisinage de la nouvelle maison que le vendeur avait illicitement fondée.

(1) Com. Seine, 7 oct. 1897. *J. Trib. Com.* 1899. 169.

(2) Pouillet « marques », n° 602. — Rüben de Couder, n° 44. — Lèbre, n° 97.

(3) Trib. Com. Marseille, 30 janv. 1902. *Rec. Marseille*, 1902. 1. 160.

La question ne présente plus aujourd'hui de discussion : la clause d'interdiction peut être invoquée contre le vendeur primitif par le cessionnaire du fonds de commerce et la jurisprudence est bien fixée sur ce point : les droits de l'acquéreur contre le vendeur originaire, passent au sous-acquéreur, et l'on ne trouve pas de décisions qui viennent apporter une dérogation à ce principe (1).

Ainsi évincé par le vendeur, l'acheteur peut certainement agir contre son vendeur personnel, mais il est préférable pour lui d'agir directement contre le vendeur primitif. Ce n'est pas ainsi l'action oblique de l'art. 1166 du C. Civ., il exerce incontestablement là sous la forme d'une action un droit appartenant à son débiteur, mais c'est une action directe qu'il peut exercer contre le premier cédant, dont le bénéfice n'est pas partagé avec les créanciers de son auteur, s'il est insolvable, il ne subit pas leur conours. Exerçant une action de son propre chef, il conserve pour lui le montant entier de la condamnation « cette décision, disent MM. Lyon-Caen et Renault, a surtout de l'intérêt, lorsque le premier acquéreur tombe en faillite, grâce à elle le sous-acquéreur n'en est pas réduit à venir au marc le franc lvec les autres créanciers de celui-ci ». (2)

Cette action directe a encore un avantage, car le sous-ac-

(1) Paris, 24 juin 1857, *Journ. Trib. Com.* 6. 184. — Paris, 17 mai 1862, *Journ. Trib. Com.* 11. 626. — Paris, 29 juin 1865, *Journ. Trib. Com.* 1866, p. 23.

Cass., 18 mai 1868, *Journ. Trib. Com.* 1869, p. 481. — Trib. Com. Nantes, 2 février 1881. *Rec. Nantes* 1882. 1. 5. — Paris, 13 nov. 1883. S. 84. 2. 40. 20 mai 1890. *Ann. Prop. Ind.* 1891, p. 24. — Trib. Com. Seine : *Le Droit*, du 3 décembre 1890. — Lyon, 6 avril 1892. S. 93. 2. 219. — Le Havre, 29 janv. 1894. *Rec. Havre* 1895. 1. 205.

Comm. Saint-Etienne, 27 décembre 1899. *Mon. Jud. Lyon*, 8 janvier 1900. — Nantes, 2 juin 1906. *Rec. Nantes* 1906. 1. 410. — Lyon, Trib. Com., 18 février 1910. *Gaz. Com. Lyon*, 29 octobre 1910. — Cour de Nancy, 14 nov. 1905. *Gaz. Pal.* 19 décembre 1905. — Marseille, 9 août 1888. *Rec. Marseille*, 1889. 1. 33. Cependant Marseille, 3 sept. 1888. 1889. 1. 33. « Admettre le recours, dit ce jugement, serait dénaturer le caractère essentiel de l'obligation qui n'est qu'un lien de droit entre deux personnes ».

(2) Lyon-Caen et Renault. Traité, t. III, n° 249.

quéreur aura, par elle, un recours en garantie, même dans le cas où il n'en possédait pas contre son vendeur immédiat, si ce dernier lui a vendu le fonds de commerce avec une clause de non garantie. De nombreuses décisions judiciaires consacrent du reste, ce système de l'action directe au profit du détenteur actuel (1).

Mais, le possesseur du fonds n'est pas tenu de s'adresser à l'auteur de l'éviction, il peut exercer son action en dommages-intérêts du préjudice subi contre un acquéreur intermédiaire (2). Ce procédé qui n'est avantageux que tout autant que ce dernier présente une solvabilité certaine, va compliquer la procédure et amener une multiplicité de recours, par les actions récursoires ; chaque cédant pouvant être recherché à raison du rétablissement des vendeurs qui le précèdent, sauf son recours contre eux. Si les décisions des cours d'appel et des tribunaux sont unanimes à reconnaître à l'acquéreur actuel, le droit d'invoquer la clause d'interdiction à l'encontre du vendeur primitif, et si elles ne présentent aucune divergence pour admettre l'existence de cette action directe qui offre pour l'acquéreur de sérieux avantages ; on aperçoit une indécision pour expliquer l'existence de ce recours contre le premier vendeur. Comment en justifier pratiquement son fonctionnement ?

C'est que chaque vendeur est réputé vendre, en même

(1) Paris, 21 février 1900. D. 1900. 2. 476. — Lyon, 20 oct. 1900. *Mon Jud. Lyon*, 23 avril 1900. — Lyon, 21 février 1901. *Gaz. Trib.* 30 août 1901. — Lyon, 9 février 1903. *Monit. Jud. Lyon*, 26 avril 1903 et 28 avril. — Trib. Com. Saint-Etienne, 20 sept. 1902. *La Loi*, 23 oct. 1902. Marseille, 9 février 1904. *Rec. Marseille* 1904. 1. 148. — Cour de Paris, 21 février 1900. *Le Droit*, n° du 28 avril 1900. — Trib. Com. Périgueux, 31 mai 1912. — *Le Droit*, 18 juin 1912. — 23 mai 1910, Trib. Com. Seine. — *Rec. Marseille*. 1911. 2. 20.

Nantes, 27 janv. 1909. *Rec. Nantes* 1909. 1. 197. — Paris, 23 mai 1910. — Trib. Com. Seine. *Journ. Trib. Com.* 1910. Saint-Etienne, 18 août 1904 — *La Loi*, 3 nov. 1904.

(2) Lyon, 28 juillet 1900. *Mon. Jud. Lyon*, 15 janv. 1901. — Trib. Com. Saint-Etienne, 18 août 1904. *La Loi* du 3 nov. 1904. — Trib. Com. Marseille, 30 janvier 1902 (précité). — En sens contraire : Paris, 9 mars 1824 et 22 mars 1825. *Journ. Pal.*

temps que la chose elle-même, toutes les actions qui peuvent lui appartenir contre un tiers, à raison de cette chose ; au nombre de ces dernières, figure l'action en garantie. Le droit de se prévaloir de l'interdiction peut donc être invoqué par tous ceux qui ont successivement acheté le fonds. Le dernier acquéreur est subrogé aux droits de ces derniers. Comme en matière de vente ordinaire, ce droit d'action directe s'explique par la cession de l'action que le cédant est censé avoir effectuée, en même temps qu'il cédait le fonds à son cessionnaire (1). C'est la seule manière de voir plausible et acceptable, elle est, en effet, adoptée par la majeure partie des arrêts qui décident que le sous-acquéreur « est substitué dans les droits de l'acquéreur primitif », que l'obligation de garantie de la part du vendeur originaire « suit le fonds aliéné et profite à tous les acquéreurs successifs ». (2) Le principe que la vente d'une chose comprend tous ses accessoires et, notamment, les actions que le vendeur a pu acquérir à son occasion, sert donc de base et de fondement au droit du sous-acquéreur du fonds de commerce pour invoquer l'application, avec toutes ses conséquences, de la clause d'interdiction. — « En revendant, le premier acheteur a entendu garantir le sous-acquéreur contre les actes du premier vendeur et céder à ce sous-acheteur le droit d'agir en garantie contre le vendeur » (3).

Telle n'est pas l'opinion de certains, qui indiquent que la clause d'interdiction n'est invoquée par le détenteur actuel

(1) Pour la vente en général : Bourges, 5 avril 1821. (*Journal du Palais* 1821, p. 275). — Paris, 22 janvier 1822. *Journal du Palais* 1822, p. 56. — Paris, 4 février 1831. S. 31. 2. 138. — Paris, 27 nov. 1840. *Journ. du Palais*, 40. 1. 227. — Cass., 12 nov. 1884. D. 85. 1. 357. S. 86. 1. 149. Bordeaux, 11 janvier 1888. D. 89. 2. 11.

(2) Plus particulièrement : Nantes, 2 juin 1906, *Rec. Nantes* 1906. 1. 410. Trib. Com. Saint-Etienne, 18 août 1904. *Loi*, 3 nov. 1904.

(3) Lyon-Coen et Renault : Ils semblent cependant admettre une *solution mixte*, car ils s'empressent de faire précéder leurs explications du raisonnement suivant : « L'obligation du premier vendeur a, avec le fonds un lien intime, elle contribue à en augmenter la valeur ». Pour eux, l'obligation est une charge inhérente au fonds lui-même.

que parce qu'elle constitue une charge pesant sur le vendeur au profit du fonds ; elle a été stipulée non pas seulement dans l'intérêt personnel de l'industriel, qui devait en profiter, « mais aussi dans l'intérêt de son établissement ». « L'engagement est pour ainsi dire contracté envers le fonds lui-même, comme garantie de son existence. Il constitue une de ses qualités juridiques et se transmet avec lui aux acquéreurs successifs » (1). Quelques décisions semblent consacrer cette manière de voir, elles sont heureusement isolées (2).

Cette opinion est à réfuter ; elle repose, en effet, sur une idée absolument inexacte, suivant laquelle le fonds bénéficierait d'une sorte de servitude active, lui permettant d'empêcher une personne de lui faire concurrence : ce serait donc une servitude, une charge imposée au vendeur au profit du fonds de commerce lui-même. Elle est en désaccord formellement avec l'art. « *686* » du Code civil « ...les servitudes... ne doivent pas être imposées ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds ; et pour un fonds... ». La servitude est donc établie sur un immeuble au profit d'un autre immeuble et ne peut être imposée ni à une personne, ni en faveur d'une personne. Ce sont là les raisons suffisantes pour admettre notre théorie, et nous l'avons ainsi justifiée pleinement.

(1) Lèbre : Traité des fonds de commerce, page 107, n° 97.

(2) En ce sens : Lyon, 6 avril 1892. S. 93. 2. 219. — Trib. Com. Le Havre, 29 janv. 1894. *Rec. Havre* 1895. 1. 205. « L'interdiction constitue un avantage au fonds... une plus valûe ». — Trib. Com., Bordeaux, 4 février 1901. *Mémorial Bordeaux* 1901. 1. 151. « Tous les avantages et charges, sont et demeurent inhérents au fonds lui-même ».

Trib. Com. Seine, 9 mai 1890. *Journ. Trib. Com.* t. IX, p. 314. — Lyon, 20 oct. 1900. *Mon. Lyon*, 23 avril 1901. « Le bénéfice de la clause d'interdiction devient une sorte de droit attaché au fonds qui le suit dans les différentes mains où il passe ». — Trib. Com. Seine, 11 sept. 1897. *Journ. Trib. Com.* 1899. 135.

CHAPITRE III

Portée exacte de la clause d'interdiction et ses effets

SECTION I.— *Préliminaires.*— Ce chapitre constitue la partie la plus délicate de notre étude ; cette difficulté provient des multiples nuances que revêt la clause insérée par les parties. Il est incontestable que si le vendeur et l'acheteur ont eu le soin scrupuleux d'indiquer les actes précis que comporte l'interdiction, et les limites même de cette dernière, s'ils ont prévu la sphère territoriale à laquelle s'étend la prohibition, s'ils ont envisagé en un mot tous les faits susceptibles d'amener un détournement de clientèle au préjudice de l'acquéreur, les discussions ne seront point soulevées et si par impossible elles surgissaient, le tribunal n'aurait qu'à se référer à la convention, loi des parties. Mais cette hypothèse, il faut en convenir, sera d'une application très rare, car les parties en pratique se bornent à des formules conçues en style large et qui laissent au juge un pouvoir d'appréciation, et le pouvoir de ce dernier est souverain (1). Mais lorsque les stipulations relatives à l'interdiction de se rétablir sont obscures, on peut se demander si le juge, saisi de la question, doit se prononcer pour le principe de la liberté du commerce ou de l'industrie ou, au contraire, pour l'application du principe de la garantie.

On a dit qu'il fallait faire prévaloir le principe de la liberté (2). Il est vrai, en effet, que nous sommes dans une matière d'exception, et elle comporte, en effet, l'interpré-

(1) Req., 9 mai 1888. D. 89. 1. 76. 18 juin. 1897. D. 98. 1. 393. — 7 fév. 1898. D. 99. 1. 509.

(2) Bordeaux, 20 juin 1871, sous cassation, 21 juillet 1873. D. 76.

tation stricte. Les clauses restrictives du principe de la liberté du commerce, constituent une restriction à un principe d'ordre public. Ce système est satisfaisant, mais il est en désaccord avec l'art. 1602 du Code civil aux termes duquel « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». Le vendeur a eu tort de ne pas préciser les limites dans lesquelles il lui serait permis de se livrer au commerce.

Nous devons ajouter que cette interprétation restrictive de rigueur, doit se concilier avec les principes de la garantie, qui doivent protéger l'acquéreur ; et sous prétexte de sauvegarder le principe de la liberté du commerce, il ne faut pas laisser ce dernier exposé aux agissements déloyaux de son vendeur (1).

Il nous faut donc déterminer très exactement l'étendue de l'interdiction, quant aux actes interdits et quant à la sphère territoriale.

SECTION II. — *Actes interdits.* — Ce qui est défendu au vendeur, c'est non seulement l'exercice du même commerce ou de la même industrie, mais même tout rétablissement indirect qui aurait pour résultat de reprendre la clientèle cédée. Voilà le principe que l'on peut dégager. Le vendeur ne peut, en un mot, « manquer à l'obligation par lui contractée, ni directement, ni indirectement » (2). Cette solution s'impose indubitablement dans le cas où le vendeur s'est

1. 76. S. 74. 1. 197. — Paris, 13 décembre 1897. *Journ. Trib. Com.* 1898, 520.

Rennes, 29 mai 1888. *Gaz. Pal.* 1888. 2.209. — Trib. Com. Nantes, 4 juillet 1888. — *Rec. Nantes* 1888. 1. 275. — Trib. Com. Nantes, 29 août 1888. *Rec. Nantes* 1888. 1. 337. — Bordeaux, 14 janvier 1891. *Le Droit* du 13 avril 1891.

(1) Lyon-Coen et Renault : Traité, t. III, n° 249.

(2) Cour de Nîmes (1re Chambre), 17 fév. 1911. *Ann. Prop. Indust.* 1911. 2, 54 : Texte : *Gaz. Trib.* 1er juin 1911. — Lyon, 21 février 1901. *Gaz. Trib.* du 30 août 1901 « pour un fonds de commissionnaire messager ».

Trib. Com. Rennes, 20 sept. 1907. *Gaz. Trib.* du 5 oct. 1907. — Le vendeur d'un café-cidre ne peut créer dans la même ville, un débit au comptoir dans lequel est vendu du cidre. »

Trib. Com. Bordeaux, 24 sept. 1903. *Mém. Bordeaux* 1903. 1. 417. — Trib. Com. Saint-Etienne, 22 oct. 1903. *Gaz. Com. Lyon*, 5 nov. 1903.

engagé à ne pas « se rétablir soit directement ou indirectement ». A cette clause fréquente en pratique, est ordinairement ajoutée l'expression « dans un commerce similaire » ou « analogue ». Nous reviendrons sur les conséquences de l'emploi de ces termes. Le rétablissement direct est le fait du vendeur, d'avoir un établissement concurrent, de fonder une maison de commerce susceptible de détourner la clientèle transmise à son acquéreur. Le rétablissement indirect est plus difficile à préciser. D'une façon générale, l'on peut dire que ce terme désigne tout acte du vendeur qui, sans créer ostensiblement un fonds de commerce personnellement, concourt à la fondation d'un établissement rival, le patronne et favorise son développement au détriment de la clientèle du fonds vendu. La formule est un peu large, sans doute, mais malgré ses termes généraux, elle ne cadrera pas toujours avec les hypothèses et il faudrait même dire que le rétablissement indirect vise « tous les faits indirects de concurrence déloyale de la part du vendeur ».

Le vendeur ne peut rechercher la clientèle vendue, ni même dénigrer la manière de faire de son acheteur auprès de ses clients, dans le but de les attirer (1), même rétabli en dehors de la ville qu'il s'est interdite, il ne peut solliciter la clientèle cédée, dans le but d'en obtenir des ordres (2). Il viole la clause d'interdiction, si en vue d'une maison nouvelle qu'il se propose de faire installer par un tiers, il promet à ses anciens créanciers de les désintéresser peu à peu avec les bénéfices de l'exploitation nouvelle, de faire des démarches, de recueillir des souscriptions, de traiter avec les fournisseurs pour l'installation du fonds et l'achat du matériel, et en un mot, de prendre une part active dans la surveillance des différents travaux.

Il y a là un ensemble de circonstances suffisantes pour

(1) Trib. Com. Seine, 27 mars 1912. *Ann. Prop. Ind.* Mars 1913, 2e partie 22. « Pour un fonds de marchand tailleur ».
(2) Trib. Com. Seine, 18 avril 1907. *Gaz. Pal.* 30 juin 1907.

dicter cette solution et proclamer la responsabilité du vendeur (1).

Ce qui est défendu au vendeur, c'est tout acte qui serait pour lui un moyen détourné de paralyser l'activité commerciale de son successeur et de lui ravir la clientèle.

Il contrevient à l'interdiction de se rétablir, s'il devient l'instigateur de l'installation d'un établissement rival, dans le rayon interdit, lui adresse des clients ou prête des capitaux au concurrent qu'il a suscité à son acheteur pour les besoins de son commerce (2). Il en est ainsi surtout si ce concurrent porte le même nom que lui, ou bien s'il va habiter avec lui, de sorte que son ancienne clientèle doit estimer qu'il a la direction du fonds (3). Il y a là des agis-

(1) Marseille, Trib. Com. 18 mars 1904. *Rec. Mars.*, 1904. t. 1. 182. — Nantes, 20 mai 1893. *Rec. Nantes* 1893. 1. 264. « Le vendeur cherche à détourner le personnel de son ancienne maison, pour l'attirer au nouvel établissement).

Cour de Lyon, 30 avril 1874. *Ann. Prop. Ind.* 1874. 376. (La venderesse a payé une partie du loyer, et les traites commerciales). — Trib. civ. Rennes, 20 sept. 1907. *Gaz. Trib.* 5 oct. 1907. — Bordeaux, 6 juin 1873. D. 74. 2. 80. Pour un vendeur d'une boulangerie aidant un de ses parents à s'établir. — Paris, 11 déc. 1889. D. 90. 2. 283. (La venderesse avait fourni les capitaux à sa fille et à son gendre).

Cour de Nîmes, 17 février. *Ann. Prop. Ind.* 1911. 2. 54. (Venderesse d'un café qui participe à l'exploitation d'un bar acquis par sa mère). — Rennes, 3 décembre 1896. *Rec. Nantes* 1897. 1. 177. (Vendeur qui détourne la clientèle au profit de son fils). — Saint-Nazaire, 11 janv. 1894. *Rec. Nantes.* 94. 1. 67. — (Ce qui équivaut à n'avoir délivré qu'une fraction de la chose vendue. — Marseille, 12 avril 1904. *Rec. Marseille* 1904. 1. 233. (Le fils de la venderesse a acheté un fonds avec une somme fournie par cette dernière).

(2) Com. Seine, 15 nov. 1893. *J. Trib. Com.* 1895. 99. Com. Le Havre 23 janv. 1895. *Rec. du Havre* 1895. 1. 60. — Lyon, 9 février 1903. *Mon. Lyon*, 27 avril 1903. (Ce jugement vise l'exploitation indirecte pouvant diminuer l'utilité de la vente et édicte la responsabilité de la mère (tutrice légale), pour les agissements de son fils.

Paris, 29 juin 1868. *Journ. Trib. Com.* 69, p. 186. Riom, 20 mars 1876. D. 76. 2. 230. S. 77. 2. 50. — Amiens, 25 juillet 1903. *Rec. Amiens* 1903, p. 153. — Rouen, 26 juillet 1867. S. 68. 2. 146. (Vendeur patronnant ostensiblement un tiers concurrent de son acheteur).

(3) Poitiers, 8 janvier 1894. *Mon. Jud. Lyon* du 23 avril 1894. (Un père qui installe son fils dans le même quartier et à une faible distance de l'établissement cédé).

Nîmes, 23 mai 1894. *J. Trib. Com.* 1894, p. 701. (Un père qui va habiter avec son fils).

sements susceptibles d'apporter un préjudice d'autant plus grave, que le fonds de commerce nouvellement créé est toujours sous le même nom, et que le vendeur reste en contact journalier avec son ancienne clientèle.

Il n'est pas nécessaire que le vendeur participe effectivement à l'exploitation concurrente (1). La défense de prêter son concours à un concurrent nous amène à étudier une question fort importante : Le vendeur est-il toujours sous le coup de cette défense quand ce concurrent est un membre de sa famille ? Nous le pensons, et la prohibition doit s'appliquer encore avec plus de rigueur. Ainsi, il ne pourrait pas assister un de ses enfants dans l'exploitation d'un commerce similaire à celui ayant fait l'objet de la vente, et il est à remarquer que le père ne pourrait pas se couvrir sous l'obligation de pourvoir son fils d'un établissement. « L'exercice des droits ou l'accomplissement des devoirs ne doit jamais s'opérer au détriment d'obligations d'un autre ordre ». (2) Le père peut pourvoir à l'établissement de son fils sans qu'un tiers envers lequel il est lié par un contrat, ait à en souffrir. Le vendeur n'est donc responsable que s'il a aidé effectivement son parent, son fils dans cette hypothèse ; et le fait que le fils se soit établi réellement et en son propre nom, dans un commerce similaire, n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du vendeur, surtout si ce fils a pris les précau-

(1) Marseille, 18 mars 1904, *Rec. Marseille*, 1904. 1. 182. (précité).

(2) Aux décisions citées plus haut : Paris, 21 décembre 1892. *Le Droit*, du 6 janvier 1893. Il ne peut aider ses neveux et nièces, ses anciens employés, en les cautionnant : Paris, 20 nov. 1873. *Ann. Prop. Ind.* 1874. 44. Trib. Com. Sens, 24 juin 1890. *Gaz. Pal.* 90. 2. 193. (Le vendeur travaillant chez son gendre.) — Paris, 11 décembre 1889. D. 90. 2. 283. — Paris, 21 nov. 1893. D. 94. 2. 93. — Poitiers, 8 janv. 1894. *La Loi*, 13 mai 1894 (précité). — Rennes, 3 décembre 1896. — *Rec. Nantes* 1897. 177. Com. Seine, 23 août 1899. *J. Trib. Com.* 1901. 210. — Marseille, 12 avril 1904. *Rec. Marseille*. 1904. 1. 232. (Le fils de la venderesse a acheté l'établissement avec des fonds fournis par sa mère. Ce jugement prononce la condamnation solidaire du fils et de la mère venderesse.)

Contra : Com. Seine, 10 oct. 1889. *J. Trib. Com.* 1890. 290. (Le père peut fournir des fonds à son fils pour sa mise sociale dans une maison similaire.)

tions nécessaires pour empêcher toute confusion résultant de la similitude de nom (1).

Le vendeur ne peut solliciter son ancienne clientèle au profit de l'établissement créé par son parent (2).

La conséquence la plus importante de la prohibition du rétablissement indirect, est le rétablissement du vendeur par l'intermédiaire d'un « prête-nom ». « L'exploitation sous un prête-nom, est l'exploitation par personne interposée ». Mais il y a une différence avec le rétablissement indirect proprement dit, qui désigne plutôt l'exploitation d'un fonds de commerce pour le compte d'autrui (3). Ici, le vendeur participe effectivement au commerce concurrent et c'est la violation la plus évidente de sa promesse (4). L'acheteur peut obtenir une condamnation solidaire contre le tiers qui favorise ces actes de commerce déloyaux. L'appréciation des tribunaux est ici souveraine, et il leur appartient de décider d'après les documents de la cause et les circonstances, si la

(1) Marseille, 18 mars 1904. *Rec Marseille* 1904. 1. 182. (Ici la fille fut irresponsable, puisqu'elle n'était qu'une enfant à l'époque où le père avait vendu son fonds, et n'avait pu avoir connaissance des engagements contractés par son père.

(2) Trib. Com. Seine, 31 oct. 1901. *Journ. Trib. Com.* 1904. 33. (Vendeur boulanger prêtant son concours à ses père et mère.) — Com. Seine, 11 sept. 1897. *J. Trib. Com.* 1899. 145. (Concours à un frère de sa femme.) — Nîmes, 24 mai 1887. *Ann.* 1891. 50 (Le vendeur fournit des fonds à son frère.)

(3) Trib. Com. Marseille, 11 juin 1902. *Rec. Marseille* 1902. 1. 319. — Paris, 13 décembre 1897. *Gaz. Pal.* 1898. 1. 584, où ces distinctions sont bien indiquées. (L'exploitation directe est celle faite par le vendeur et pour son compte.)

(4) Bordeaux (1re Chambre), 30 janv. 1905. *Rec. Bordeaux* 1905. 1. 179. (Pour un commerce s'exerçant frauduleusement sous le nom de l'ancien gérant du fonds.) — Grenoble, 18 juillet 1896. *Rec. Grenoble*, 97. 48. (Pour un boulanger se rétablissant sous le nom de sa femme, même séparée de biens.) — Trib. Com. Lyon, 2 août 1910, *Gaz. Com. Lyon*, 1er févr. 1911. (Vendeur se rétablissant sous le nom du titulaire du bail.)

Trib. Com. Lille, 31 mai 1910, *Rec. Jud. Nord.* 1910. 470. (Pour un père se bornant à surveiller le commerce de son fils). — Lyon, 2e Chambre, 6 janvier 1911. *Mon. Lyon*, 3 mai 1911. (Le jugement indique que le vendeur rendait à son parent « des services plus que suffisants et passagers.) — Nîmes, 17 février 1911 (précité). (Bar acquis sous le nom de la mère.)

personne qui gère le fonds n'est qu'un prête-nom. Parmi ces circonstances, l'on peut indiquer les suivantes : le degré de parenté et l'inexpérience commerciale, son incompétence à raison du commerce qui fonctionne sous son propre nom, la présence continuelle du vendeur dans le fonds, tels sont les éléments suffisants d'appréciation, et ils constituent, en quelque sorte, de véritables présomptions d'interposition de personnes.

Mais, nous le répétons, c'est essentiellement une question de fait, et le rôle du juge sera très souvent ingrat et difficile (1). De même, le vendeur viole la clause d'interdiction, s'il se remarie avec une femme possédant un établissement similaire à celui qu'il avait vendu, et s'il exploite avec son épouse (2). Il ne pourrait même pas autoriser sa femme à créer un établissement concurrent dans les limites prohibées spécialement dans le cas où sa femme serait commune en biens et où le fods vendu appartiendrait à la communauté (3). Il en serait ainsi, et à plus forte raison, si les deux époux ont vendu conjointement le fonds, dont ils étaient copropriétaires. La femme est alors tenue de l'interdiction de ne pas exploiter d'établissement similaire. Si elle contrevient à son obligation, le mari est responsable de n'avoir pas fait cesser l'infraction qu'elle commet, même en

(1) Agen, 20 juin 1860. D. 60. 2. 176. (Fils servant de prête-nom à son père.) — Trib. Com. Havre, 29 janv. 1894. *Ann. Prop. Ind.* 94. 1. 15. — Com. Saint-Etienne, 7 juillet 1897. *J. Trib. Com.* 1898, p. 812. Com. Lyon, 30 juillet 1898. *Mon. Jud. Lyon*, 25 août 1899.

Comm. Seine, 31 mai 1889. *Mon. Jud. Lyon*, 3 juillet 1899. *La Loi*, 5 juillet 1899. — Lyon, 7 mars 1900. *Gaz. Com. Lyon*, 4 décembre 1900.

(2) Trib. Com. Seine, 23 juin 1898. *J. Trib. Com.* 1900. 192. — Trib. Com. Seine, 23 août 1899. *J. Trib. Com.* 1901. 210.

(3) Com. Seine, 30 décembre 1875. *J. Trib. Com.* 1876, p. 135.

Com. Nantes, 1er mai 1897. *Rec. Nantes* 1898. 1. 30. — Grenoble, 18 juillet 1896. *J. de Grenoble*, 97. 1. 48, (arrêt précité) même étant séparée de bien, mais la clause d'interdiction n'empêche pas la femme du vendeur de vendre accidentellement des produits similaires dans un fonds de sa mère. — Nantes, 28 février 1901. *Rec. Nantes*, 1903. 1. 253.

instance de divorce (1). La clause par laquelle le vendeur s'était interdit de se rétablir, soit directement, soit indirectement, est donc susceptible d'être souvent violée par le vendeur, c'est que les termes généraux dans lesquels elle est établie, laissent croire à ce dernier qu'il ne commet aucun acte illicite, et peut-être l'a-t-il apposé intentionnellement ! L'acquéreur trouve heureusement dans les pouvoirs d'appréciation des tribunaux sur ce point, les mesures de protection suffisantes pour le garantir. Mais quelquefois l'on se trouvera en présence d'une clause d'interdiction beaucoup plus restrictive : Le vendeur peut s'être interdit de « prendre un intérêt direct ou indirect » dans une maison de commerce ou « de s'intéresser directement ou indirectement », suivant les termes employés le plus souvent. Quelles seront donc les conséquences et les effets d'une clause ainsi conçue ?

Il ne peut certainement prêter son concours à une maison concurrente, en y entrant comme associé (2). Il ne peut se rétablir comme chef d'une société concurrente en rappelant à son ancienne clientèle leurs relations passées (3). Il est responsable, s'il contribue comme directeur intéressé, à la création d'une maison de même nature et exploitant le même commerce et si son nom est en vedette sur des circulaires signées de lui pour faire appel à la clientèle dont il est connu (4). Le fondateur de la nouvelle maison peut être solidaire avec lui des condamnations, s'il a connu la violation de la clause. Mais il convient de remarquer ici que tout dépend des termes même employés par les parties. Il n'y a

(1) Lyon (2e Chambre), 26 mai 1911. *La Loi*, 5 sept. 1911.

(2) Paris (4e Chambre), 7 janvier 1909. *Ann. Prop. Ind.* 1910. 136. (Pharmacien vendeur s'associant avec un de ses confrères pour la vente d'une spécialité pharmaceutique.) — Paris (3e Chambre), 11 décembre 1889. D. 1890. 2. 283. — Bourges, 12 nov. 1889. D. 1891. 2. 267. Com. Seine, 15 nov. 1893. *J. Trib. Com.* 1895. 99. Spécialement comme administrateur délégué de la société exploitant l'établissement rival. Paris, 15 avril 1875. D. 76. 2. 75. Civ. Cass., 9 février 1898. S. 98. 1. 121.

(3) Nantes, 15 avril 1903. *Rec. Nantes* 1903. 1. 345.

(4) Cour de Paris, 1er mars 1906. *An. Prop. Ind.* 1906. 1. 118. Ce jugement indique, qu'en vertu de l'article 130 C. Pr. Civile, la con-

donc que peu de place dans notre hypothèse, pour cette appréciation souveraine des tribunaux que nous avons étudiée plus haut. Il est donc certain que si la clause porte interdiction de « prendre un intérêt » « *quelconque* », nous arriverons à décider qu'il est interdit dans ce cas au vendeur d'entrer dans un commerce similaire, même comme simple commanditaire ». Nous serons toujours ainsi dans les prévisions de la convention des parties (1).

Indiquons que le vendeur ne peut faire excuser son infraction aux accords par ce motif que le fonds qu'on lui reproche d'exploiter, existait déjà au même endroit entre les mains d'un autre, avant la vente qu'il a faite (2).

Nous avons ainsi passé en revue les divers actes prohibés en vertu de la clause d'interdiction : leur énumération est impossible et les procès suscités en pareille matière sont, avant tout, des questions de fait. C'est aux tribunaux à apprécier, suivant les circonstances, si le vendeur, à la suite de son rétablissement personnel ou par personne interposée, a véritablement occasionné un préjudice à son acquéreur, et il leur appartient de décider si l'acte commis par le vendeur a abouti à un détournement réel de clientèle. Mais la clause d'interdiction de se rétablir ne vise qu'à prohiber de la part du vendeur, toute emprise, tout empiètement sur la clientèle cédée. Elle ne va que jusque-là, et c'est le moment de rappeler un principe que nous avons posé au début de nos explications sur la portée exacte de la clause : son interprétation restrictive ». C'est en vertu de ce principe, que le vendeur ne manquera pas à son obligation de garantie s'il se borne à vendre à des clients qui viennent s'adresser volontai-

damnation solidaire ne pourra pas être prononcé, s'il n'a pas été conclu formellement à la solidarité sur ce point.

Trib. Com. Sens, 24 juin 1890. *Gaz. Pal.* 1890. 2. 193, pour une association occulte formée, par un vendeur d'une entreprise de maçonnerie, avec un entrepreneur.

(1) Bordeaux, 4 mai 1859. D. 60. 2. 19. — S. 60. 2. 214. — Riom, 20 mars 1876. D. 79. 2. 230. — Paris, 11 décembre, 1889. D. 90. 2. 283. S. 91. 2. 45. — Trib. Com. Seine 1897. 11. sept. *J. Tri. Com.* 1899. 145.

(2) Trib. Com. Marseille, 9 septembre 1885. *Rec. Marseille* 1885. 288.

rement à lui, ou s'ils ne faisaient pas partie de son ancienne clientèle (1). C'est toujours le même principe qui nous fera dire que l'interdiction ne pourra être étendue par analogie à des faits non prévus par le contrat. Si elle les prohibait, les parties auraient eu le soin de s'exprimer d'une façon formelle sur ce point (2).

Au cas de licitation d'un fonds de commerce, cette interprétation restrictive de la clause d'interdiction a conduit à décider que le mari de la colicitante qui ne figure dans l'adjudication que pour assister et autoriser son épouse, ne peut être considéré comme vendeur, et à ce titre, tenu à garantie (3). A moins, bien entendu, que les circonstances ne révèlent et spécialement l'inexpérience du mari, en ce qui concerne l'entreprise projetée, que le nom de celui-ci ne sera « qu'une façade, tandis que le rôle efficace sera rempli en réalité par la femme » (4).

Le principe de l'interprétation restrictive fléchit, dans cette hypothèse, devant la nécessité d'interdire le rétablissement de la venderesse, sous un prête-nom, en la personne de son mari. Toujours en vertu de ce principe d'interprétation stricte, nous devons aussi décider que la clause d'interdic-

(1) Cour d'appel de Rennes, 26 janvier 1891. Conf. jug. tribunal de Com. Nantes, du 13 sept. 1890. — *Rec. Nantes* 1890. 1. 332.

Le jugement constate qu'il n'y avait eu de la part du vendeur aucune démarche pour attirer les clients.

Marseille 1900. 1. 77. Trib. Com. 11 décembre 1899.

(2) Trib. Com. Nantes, 4 juillet 1888 *Rec. Nantes* 1888. 275. (Le vendeur d'un fonds de maréchal-ferrant peut, postérieurement à la vente, donner des soins aux animaux comme toute autre personne qui ne serait pas maréchal-ferrant « mais à la condition, ajoute le jugement, de ne pas détourner les clients de l'ancienne forge.

(3) Trib. Civ. Bar-sur-Aube, 26 nov. 1897. *Gaz. Pal.*, 1. 188, 1898. Cette décision est à noter, d'autant plus que le cahier des charges contenait la clause suivante « l'adjudication a lieu avec garantie solidaire de la part des colicitants et avec leurs conjoints contre tous troubles de jouissance et empêchements généralement quelconques.»

(4) Trib. Comm. Rennes, 14 mars 1913. *Gaz. du Palais*, n° 25 avril 1913, p. 497 « pour une femme cohéritière, avec ses frères et sœurs, d'une fabrique de fromages, ayant vendu ce fonds à l'un de ses cohéritiers avec interdiction d'établir dans le département une industrie concurrente. »

tion ne peut être appliquée à des cas qu'elle ne vise pas spécialement (1). Si la clause enfin, interdit d'exercer un commerce dans un quartier déterminé, elle ne peut être étendue au commerce exercé par le vedeur dans un quartier autre que celui visé au contrat (2). Mais est-ce à dire que dans ce quartier, il aura sa liberté commerciale pleine et entière vis-à-vis de ses anciens clients ? Incontestablement, non, et nous avons vu dans nos explications qui précèdent qu'il doit s'abstenir de tout acte ayant pour objet de reprendre sa clientèle. Il doit éviter toutes démarches vis-à-vis d'eux. La liberté du travail et de l'industrie, pas plus que toute autre liberté, ne saurait être absolue, elle trouve des limites, comme dit très bien un arrêt « dans la nécessité d'en régler l'exercice, « pour le plus grand avantage de tous, dans l'équité, dans « la bonne foi, qui sont de l'essence des contrats en général, « et surtout des conventions commerciales, dans l'obligation « de garantir ce que l'on vend, et de ne pas créer avec le « prix même de la vente une nouvelle industrie, dont la riva- « lité devient une ruine certaine pour le cessionnaire trop « confiant dans la loyauté de son cédant ». (3)

La clause d'interdiction n'a pas d'autre portée, les parties n'ont pas eu, en elles-mêmes toute confiance, elles ont voulu prévenir les conflits et s'imposer pour ainsi dire une garantie supplémentaire dans leur convention.

(1) Trib. Comm. Nantes, 7 janv. 1893. *Rec. Nantes* 1893. 1. 161. « Le vendeur d'un café-concert qui s'est interdit de faire valoir directement ou indirectement un établissement similaire ne peut être empêché par l'acheteur d'exercer dans un café-concert sa profession de chanteur. »

(2) Trib. Comm. Nantes, 28 mars 1906. *Rec. Nantes* 1906. 335.

(3) Cour de Paris, 24 août 1859. (*Annales de Droit Commercial*, 1859, p. 357).

Exemples de décisions où le vendeur est responsable pour avoir sollicité la clientèle. — Paris, 8 décembre 1892. D. 94. 2. 191. (Les marchandises étaient payées non en argent, mais au moyen de fournitures faites en contre-échange). — Trib. Comm. Marseille, 21 janvier 1881. *Ann.*, 91. 29. Ici, le vendeur avait indiqué une personne demeurant dans la zone prohibée, pour recevoir les commandes qu'il promettait d'exécuter.

CHAPITRE IV

Hypothèses diverses où la clause d'interdiction peut être invoquée.

Nous avons réservé pour ce chapitre, diverses questions fort délicates, soulevées par l'insertion de la clause d'interdiction, nous devons d'autant plus y insister qu'elles font l'objet de procès très fréquents.

SECTION I. —*Le vendeur peut-il entrer dans une maison rivale comme employé* ? Nous supposerons, bien entendu, que la clause porte interdiction (de s'intéresser directement ou indirectement). Si la convention fait la loi des parties, nous devrons dire que cette hypothèse a été prévue par elles : le vendeur, devenu employé, s'intéressera indirectement au commerce auquel il se trouve attaché, il vantera à la clientèle les produits de la maison, et l'on sait bien que la présence d'un employé peut être une cause d'extension de la clientèle, principalement pour une industrie exigeant des aptitudes spéciales. En raisonnant ainsi, on aboutirait à enlever au vendeur tout moyen de vivre, en allant travailler pour le compte d'autrui. La plus grande incertitude règne en jurisprudence sur cette question. Certaines décisions autorisent le vendeur à entrer dans une maison rivale comme employé, à cause de la nature même de son emploi, qui ne le met pas en rapport direct avec la clientèle, telles que les fonctions d'ouvriers de fabrique ou de contremaîtres (1).

(1) Marseille, 26 février 1901. *Rec. Marseille*, 1901. 1. 212 (vendeur d'un fonds de coiffure, se place comme garçon, même dans le rayon prohibé). — Trib. Comm. Nantes, 9 décembre 1903. *Rec. Marseille*, 1904. 2. 65. — Marseille, 26 oct. 1900. *Rec. Marseille* 1901. 1. 24 (ven-

Les parties, disent en effet, très justement, la plupart des jugements, ont voulu par l'insertion de la clause, éviter les tentatives possibles de la reprise de la clientèle par les vendeurs.

Certaines poussent le scrupule au point de ne permettre au vendeur de tenir et conserver son emploi, que s'il travaille dans un chantier interdit au public, et non dans un magasin où il pourrait se trouver en contact avec son ancienne clientèle (1). Ce qui est certain, c'est qu'on ne peut assimiler à des faits d'immixtion les livraisons de marchandises et les réceptions du prix. Mais il est évident qu'on doit interdire au vendeur, même un emploi subalterne quand le fonds dans lequel il est entré, est situé dans un des quartiers qu'il s'est précisément interdit et à portée de la clientèle du fonds qu'il a vendu (2). C'est toujours, comme nous le voyons, la seule préoccupation des tribunaux : Le vendeur peut-il être en rapport avec son ancienne clientèle ? Ce système semble avoir été consacré par la Cour de Cassation, qui déclare qu'il faut se référer à la nature de l'emploi (3). D'une façon plus générale, l'on peut dire que le vendeur ne contrevient pas à son engagement quand il entre comme simple employé salarié, n'ayant aucun intérêt dans les bénéfices (4).

Mais encore dans notre hypothèse, c'est essentiellement

deur d'un fonds de bois et charbons allant se placer comme garçon de peine. — Dans cette espèce, il y a lieu de remarquer que le vendeur était entré comme ouvrier trois années après la vente de son fonds et que les deux magasins se trouvaient dans des quartiers différents.

(1) Nantes, 2 février 1900. *Rec. Nantes* 1901. 1. 346.

(2) Nantes, 9 février 1889. *Rec. Nantes* 1889. 1.166. (Pour un boucher allant travailler dans une société de consommation, située dans une des trois paroisses qu'il s'était interdites).

(3) Cass. Civ., 29 décembre 1909. *Gaz. Pal.*, 29 janvier 1910 rendu dans une espèce où les vendeurs s'étaient interdit... de vendre des articles à la clientèle de détail, soit comme voyageurs, soit comme employés. Ils peuvent, dit l'arrêt, entrer comme contremaître ».

(4) Marseille, Trib. Comm., 6 juillet 1891. *Rec. Mars.*, 1891. 5. 236. « La clause d'interdiction est pour le tiers « *res inter alios acta* ». — Marseille, 27 juin 1892. *Rec. Mars.*, 1892. 1. 269 « pour le vendeur engagé comme garçon de brasserie). — Marseille, 11 décembre 1899.

une question de fait et les tribunaux sont amenés très souvent à se demander si le fonds de commerce dans lequel est entré le vendeur, est un établissement de même nature que celui qu'il a précédemment vendu, s'il s'adresse à la même clientèle et surtout, si un préjudice est résulté pour l'acheteur de la présence réelle et effective du vendeur dans une maison rivale (1). Les décisions qui ont interdit au vendeur son emploi, posent en principe que le vendeur qui entre comme employé dans une maison rivale, est passible de dommages-intérêts, par cela seul que son acheteur subit un préjudice (2). Solution satisfaisante, au point de vue des principes, mais c'est une formule trop large. Comment fera-t-on, d'autre part, la preuve du préjudice réellement souffert ? Mais le vendeur ne peut se charger de la procuration de son patron, et se présenter au public comme étant son représentant pour les affaires de son commerce (3).

Quelquefois, il faudra tenir compte de certaines circonstances particulières, pour autoriser le vendeur à conserver son emploi ; ainsi, si étant placé chez son propre acheteur, il a été congédié par ce dernier et ne s'est pourvu d'un emploi similaire qu'à la suite de ce congé, — On ne peut mettre ainsi le vendeur dans l'impossibilité de vivre pour garantir l'acheteur (4). Bien entendu, en cas de fraude, il faut faire

Rec. Marseille 1901. 1. 202. — Grenoble, 7 février 1887. *Rec. Grenoble*, 1887. 135. (Vendeur de boucherie ne peut être mis dans un lieu public par son patron).

(1) Paris, 30 juin 1857. *Journ. Trib. Comm.*, 6. 191. (L'établissement ne fait que le commerce de gros). Cependant, en sens contraire : Paris, 4 décembre 1889. *Ann. Prop.*, 7. 91. 23). — Rouen, 26 juillet 1867. S. 68. 2. 146. (Un garçon boulanger, ancien vendeur, allant travailler pour le compte d'une société coopérative). — Rouen, 8 février 1893. *Rec. Caen et Rouen* 1893. 2. 51. (Le jugement constate que la maison faisait le même genre d'affaires).

(2) Paris, 12 décembre 1888. *J. Trib. Comm.* 1889. 504. — Paris, 28 mai 1892. D. 93. 2. 399. — Rennes, 27 nov. 1893. D. 94. 2. 56. — Trib. Comm. Seine, 4 sept. 1901. *Journ. Trib. Comm.* 1903. 720.

(3) Nantes, 13 avril 1889. *Rec. Nantes* 1889. 1. 337. — Marseille 1890. 2. 26. En ce sens : Marseille 1885. 1.28 et 288. — 1886. 1. 53. « Le vendeur ne peut se prévaloir du droit à la liberté pour reprendre indirectement une clientèle qu'il a vendue).

(4) Marseille, 4 nov. 1887. *Rec. Marseille* 1888. 1. 63.

défense au vendeur de renoncer à son emploi, ainsi s'il est constaté qu'il s'est entendu avec son nouveau patron pour détourner la clientèle du fonds vendu (1), ou s'il est prouvé que sous les apparences d'un simple employé, le vendeur se trouverait le véritable intéressé dans l'exploitation du fonds, son prétendu patron,n'étant qu'un prête-nom en sa faveur (2) ou encore si le vendeur ne s'est placé en qualité d'employé dans un commerce similaire que pour écouler ses produits (3).

Mais certaines fonctions sont de nature à placer le vendeur plus particulièrement en rapport avec son ancienne clientèle, ce sont celles de placiers, de gérants, de voyageurs, il ne faut pas hésiter à les lui défendre : elles sont d'autant plus dangereuses pour l'acheteur que le vendeur devra, par son emploi même, solliciter la clientèle (4). — Même solution si l'emploi tenu par le vendeur nécessite des connaissances spéciales, il fait un apport véritable à son patron et c'est alors une concurrence redoutable pour l'acheteur (5). Il y a dans cette matière, une large part d'appréciation pour les tribunaux, et il est bien difficile, au milieu des décisions

(1) Nantes, 18 juin 1898. *Rec. Nantes* 1899. 1. 139. — Riom, 27 mai 1899. *Rec. Riom* 1899. 1900. 68. (Patron faisant figurer dans son enseigne le nom de son vendeur).

(2) Trib. Com. Marseille, 17 novembre 1902. *Rec. Marseille* 1903. 1. 62.

(3) Lyon, 6 mars 1902. *La Loi*, 16 août 1902. (Horticulteur allant se placer au service d'un de ses collègues pour vendre les produits de son jardin).

(4) Trib. Comm. Seine, 18 avril. 1888 *Annales de Droit Commercial* 1888, p. 145 aff. Benjamins. (Vendeur ne peut être représentant de maisons concurrentes). — Civ. Rej., 9 févr. 1898. S. 98. 1. 121. (Pour le vendeur devenu gérant). — Rennes, 27 novembre 1893. D. 94. 2. 56. — Orléans, 28 février 1902. *Gaz. Comm. Lyon*, 9 août 1902. — *En sens contraire pour les placiers* : Marseille, 4 novembre 1887. *Rec. Mars.*, 88. 1. 63. Trib. Comm. Seine, 18 avril 1888. *Le Droit* du 3 mai 1888). — Paris, 3 mai 1858. *J. Trib. Comm.* 1858: 292. (Pour des placements de marchandises en gros).

(5) Paris, 15 avril 1875. S. 76. 2. 201. D. 76. 2. 95. (Pour un fabricant de gants, surveillant et dirigeant la partie relative à la vente des gants). Trib. Com. Seine, 4 septembre 1901. *J. Trib. Comm.* 1903, p. 270. — Lyon, 6 mars 1902. *La Loi*, 16 août 1902.

rendues, de dégager les vrais principes et les éléments d'appréciation. La nature de l'emploi occupé nouvellement par l'ancien vendeur, le genre de commerce dans lequel il est entré comme employé et enfin examiner si un préjudice appréciable et certain a été subi par l'acheteur, telles sont les règles qui doivent gouverner la matière, et ce sont celles qui servent effectivement aux tribunaux pour inspirer leurs décisions. Mais elles doivent être dominées d'un principe que nous avons eu souvent l'occasion de rappeler et qui constitue le guide le plus sûr. C'est que les clauses d'un contrat restrictives de la liberté de l'individu doivent toujours être interprétées « *stricto sensu* » (1).

Section II. — *Hypothèse du vendeur en même temps propriétaire.* — La clause d'interdiction s'oppose-t-elle à ce qu'il puisse louer son immeuble ? C'est une hypothèse que nous avons déjà examinée dans notre première partie, pour le cas où aucune clause restrictive n'avait été insérée dans l'acte de vente. Il est à remarquer que la question se dédouble :

1° Hypothèse : Le vendeur possède un immeuble dans le voisinage du fonds vendu.

2° Hypothèse : Le vendeur possède l'immeuble même dans lequel est installé le fonds ayant fait l'objet de la vente. Nous connaissons donc, en partie tout au moins, les principes qui régissent la matière (Cf. 1re partie.)

1re Hypothèse : Le vendeur peut-il louer son immeuble à un concurrent, et introduire ainsi dans sa maison un locataire qui exerce la même industrie que son acheteur ?

La clause d'interdiction ne saurait le lui interdire, et elle dépasserait alors les prévisions des parties. — Remarquons

(1) Marseille, Trib. Comm., 11 juin 1902. *Rec. Marseille* 1902. 1. 319. Jugements autorisant sur ce principe les parents du vendeur, restés dans le fonds vendu, à entrer comme placiers au cas où ils viendraient à quitter l'établissement. — Rennes, 27 nov. 1893. *Rec. Nantes* 1894. 1. 65. D. 94. 2. 56. — Trib. St-Nazaire, 11 janvier 1894. *Rec. Nantes*, 1894. 1. 67. Jugements exigeant « *un préjudice certain* » pour l'acquéreur.

d'abord, que le vendeur peut vendre cet immeuble voisin de celui dans lequel s'exerçait le commerce dont il a cédé le fonds à un commerçant exerçant la même profession. Il y a là un acte de disposition qui est peut-être indispensable pour la fortune du vendeur. Il reste donc maître de ses droits, et l'on ne peut le lui interdire (1).

Cette hypothèse mise à part, nous devons dire que la clause d'interdiction ne peut aller jusqu'à gêner le vendeur dans l'administration de sa fortune et dans l'exercice de ses droits de propriétaire. « Sa qualité de vendeur d'un fonds de commerce ne se confond pas avec sa qualité de propriétaire d'immeuble ». (2) L'on a dit que ce système est dangereux pour l'acquéreur. On arrive à le sacrifier au propriétaire !

Par cela seul que le vendeur concourt à l'installation dans un local qui lui appartient, d'une industrie rivale de celle de son acquéreur, il cause une diminution de clientèle et un préjudice à son acheteur ; peu importe que ce soit le propriétaire qui ait consenti le bail, ces deux qualités sont cumulées par la même personne et l'obligation de garantie qui pèse sur le vendeur, lie le propriétaire (3). C'est là une singulière théorie qui arrive à confondre deux qualités indépendantes ! — Mais nous ajouterons qu'il y a lieu d'apporter des restrictions. La location ne constitue pas par elle-même un acte de concurrence illicite ; elle ne peut être considérée comme une infraction aux obligations contractées par le vendeur, qu'autant que ce dernier aurait cherché à nuire à l'acquéreur, en favorisant directement ou indirectement le commerce de son locataire, tant que le vendeur ne prend personnellement aucune part à l'exploitation, tant qu'il reste dans son rôle de locateur, l'engagement qu'il a pris envers son

(1) Trib. Comm. Le Havre, 25 mai 1897. *Rec. Havre* 1897. 93. « Mais le jugement ajoute : à moins qu'il n'ait pris un intérêt dans le commerce de son locataire ».

(2) En ce sens : Lèbre, page 125, n° 107. — Pouillet : « Marques », page 706, n° 593.

(3) Comm. Seine, 19 juillet 1866. *Le Droit* du 3 oct. 1866.

acquéreur n'est pas violé (1). Il n'est réellement qu'un bailleur d'immeuble et le contrat qu'il a fait est à l'abri de toute critique. Et c'est effectivement la manière de voir des tribunaux, ils permettent la location au vendeur, à la condition qu'il ne s'immisce pas dans le commerce de son locataire, qu'il demeure complètement étranger à l'établissement nouvellement créé (2).

Toutefois, en présence d'une location de ce genre, les tribunaux devront examiner avec soin les circonstances de la cause, et rechercher si le bailleur n'est pas sorti de son rôle de bailleur, et s'il n'a pas apporté son concours à l'entreprise commerciale fondée dans sa maison.

La 2e hypothèse présente de l'analogie avec la première et doit être résolue dans le même sens. Le vendeur est propriétaire de l'immeuble où est installé le fonds vendu. Lorsque la vente comprend le droit au bail, peut-il, à l'expiration de ce dernier, louer ces mêmes locaux à un nouveau preneur exerçant le même commerce ?

Nous supposons toujours qu'il existe une clause aux termes de laquelle il s'est interdit, lors de la vente « d'exploiter un commerce similaire directement ou indirectement ». — Il faut le lui permettre, et les décisions sont nombreuses pour admettre l'affirmative (3). Certains vont jusqu'à

(1) Bordeaux, 4 mai 1859. D. 60. 2. 19. — Cass. req., 10 juin 1879. Aff. époux Contet. D. 80. 1. 38. Arrêt de rejet : « Le tribunal de Di-« jon, le 6 juillet 1878, avait accueilli la demande en indiquant que les « vendeurs en louant leur maison pour un commerce similaire ti-« raient de leur propriété un meilleur parti, qu'ils n'en eussent tiré « par une autre location, et que, dès lors, ils bénéficiaient indi-« rectement de ce commerce. — Sur appel, la Cour de Dijon le « 27 novembre 1878, avait rendu un arrêt infirmatif, indiquant qu'il « y avait lieu de rechercher simplement si la location a porté « atteinte à la clientèle. »

(2) Bordeaux, 4 mai 1859, S. 60. 2. 214. — Trib. Comm. Seine, 15 mars 1906. *Loi*, 14 mai 1906. *Gaz. Pal.*, 12 juin 1906. — Paris, 21 février 1900. D. 1900. 2. 476. — Trib. Comm. Rouen, 18 nov. 1901. *Gaz. Trib.*, 4 avril 1902. — Trib. Comm. Nancy, 14 mars 1904. *Rec. Nancy* 1904. 134. Comm. Bordeaux, 19 février 1904. *Mém. Bordeaux* 1904. 1. 103.

(3) Cour de Besançon, 1er avril 1908. *Rec. Marseille* 1909. 2. 100.

admettre la possibilité pour le vendeur de louer une partie des locaux, même avant l'expiration du bail. Cette solution est réellement dangereuse pour l'acquéreur, sinon on arriverait en défendant la location au vendeur, de frapper l'immeuble « d'une véritable désaffection perpétuelle (1). Mais, ils n'accordent ce droit au vendeur que sous la condition de demeurer étranger au commerce de son locataire et de ne pas détourner la clientèle de son ancien fonds au profit de ce dernier (2). — Une décision isolée,du reste,permet au vendeur de louer l'immeuble, après avoir donné congé à son acquéreur, surtout si ce dernier a occupé les lieux pendant de longues années et a pu ainsi fixer à son profit la clientèle cédée (3). Il est évident qu'il ne pourrait pas expulser son acquéreur pour rétablir en son nom le commerce qu'il a vendu (4). Mais on peut interdire au vendeur, à l'expiration du bail consenti à l'acheteur, de louer son local à raison de la qualité même de la personne du preneur, ainsi un de ses parents (5). De plus, il convient de remarquer que si le vendeur a stipulé dans l'acte de vente de son fonds, l'interdiction de se livrer au même commerce pendant une période fixe, en ajoutant qu'il disposerait de son immeuble à son gré, au cas où l'acheteur quitterait les lieux, cette dernière clause ne modifie nullement l'interdiction contenue dans la première, et l'acheteur du fonds quittant le local, le vendeur ne peut,

Jugement autorisant le vendeur à louer une partie de son immeuble. Toulouse, 11 oct. 1911. *Gaz. Trib. Midi*, 5 nov. 1911. — *Revue Not.* 1911. 940. — Cour de Rennes réformant jugement du Trib. Comm. Nantes du 5 juin 1875. 24 août 1875. *Rec Nantes* 1875. 1. 295. — *Contra* : Marseille, 17 novembre 1884. *Rec. Marseille* 1885. 1. 28. — Nantes, 5 avril 1905. *Rec. Nantes* 1906. 1. 212.

(1) Rouen, 21 février 1900. *Pand. Franç.* 1901. 2. 348.

(2) Cour de Besançon, 1er avril 1908. (Précité).

(3) Douai, 30 décembre 1897. *Rec. Douai* 1898. 247.

(4) Trib. Comm. Nantes, 27 janvier 1909. *Rec. Nantes* 1909. 1. 197.

(5) Paris, 18 avril 1901. *Gaz. Trib.*, 25 juillet 1901. En l'espèce, le vendeur avait loué à son fils « peu importe, dit ce jugement « que « l'acte reproché au vendeur du fonds ne soit pas un acte de par- « ticipation au commerce qu'il s'est interdit, le trouble apporté à « l'acquéreur peut résulter d'un acte de « *Gestion de propriété Im- « mobilière* ».

tant que dure la période d'interdiction, le louer à un industriel faisant le même commerce, il y a là une décision dictée dans l'intérêt de l'acquéreur (1).

Section III. — *Situations particulières créées à la femme par la clause d'interdiction de se rétablir.* — Deux hypothèses doivent être distinguées : 1° Une femme vend, avant son mariage un fonds, avec interdiction de se rétablir. Viole-t-elle cette clause d'interdiction en aidant son mari dans l'exploitation d un commerce similaire, en y participant d'une façon effective ?

2° Nous trouverons deux difficultés : premièrement, la clause d'interdiction lie-t-elle la veuve du vendeur, et s'oppose-t-elle à ce qu'elle entreprenne un commerce similaire à celui vendu par son mari ? Deuxièmement, la veuve qui a vendu le fonds exploité par son mari, en s'interdisant dans l'acte de cession de se rétablir, viole-t-elle son obligation en s'immisçant dans le commerce similaire de son nouveau mari ?

Voilà donc les questions nettement posées.

1re *Hypothèse :* Il est évident que permettre à la venderesse de faire concurrence à l'acquéreur et de tirer profit de cette concurrence sous le couvert d'un mari, serait violer d'une façon indirecte la clause d'interdiction, aussi faut-il n'autoriser la femme qu'à avoir un rôle purement passif dans le commerce de son mari. Elle ne peut donc ni exploiter le fonds avec lui et ni faire acte de participation effective à ce commerce. C'est en ce sens que c'est décidé la jurisprudence (2). Le mari se rend coupable et complice du quasi-délit commis par sa femme, quand connaissant la clause,

(1) Trib. Comm. Marseille, 2 août 1899 *Rec. Marseille* 1891. 1. 380.

(2) Trib. Comm. Seine, 3 avril 1857. *Annales Droit Commercial* 1857. 175. (Ici, la femme ne participait pas au commerce de son mari, dont elle était séparée de biens). — Rouen, 9 août 1899. *J. Trib. Comm.* 1900, p. 859. (Ici, la femme s'était interdit de faire un commerce similaire dans quelque situation qu'elle se trouve à l'avenir ». Le fait du mariage était, dit le jugement, une « éventualité précisément dans les prévisions de la convention ».

il l'emploie dans son commerce, et il pourrait être condamné solidairement avec elle, car il retire un véritable profit de cette situation illégale et préjudiciable à l'acquéreur du fonds

Nous devons noter une décision singulière et qui n'est pas exempte de critiques, à notre avis : Partant de l'idée que la clause d'interdiction doit s'interpréter restrictivement, cette décision n'hésite pas à déclarer qu'elle laisse en dehors de ses prévisions le cas du mariage de la femme venderesse avec un mari exerçant un commerce similaire. Elle va même plus loin et elle ajoute : « Peu importe que le mariage ait pour conséquence d'intéresser la femme à la prospérité du commerce » (1). Nous devons repousser les conséquences de cette décision : Elles sont dangereuses pour l'acquéreur. Sous prétexte d'interprétation restrictive de la clause d'interdiction, on va laisser ce dernier exposé à la concurrence de la femme venderesse ! — Le mari, avons-nous dit plus haut, peut être déclaré responsable quand il connaît l'existence de la clause d'interdiction. Mais ce n'est pas pour ce seul motif qu'elle lui est opposable. Le régime matrimonial adopté par les époux, peut avoir à l'égard du mari un effet très important. Que l'on suppose, en effet, deux époux mariés sans contrat, par conséquent sous le régime de la communauté légale : La femme qui, antérieurement au mariage, a vendu un fonds de commerce avec promesse formelle de ne pas se rétablir, est donc personnellement obligée vis-à-vis de son acquéreur. Sa dette est bien une dette mobilière, car d'après l'art. 1142, elle se résout en cas d'inexécution, en dommages-intérêts.

(1) Cour de Rennes, 10 nov. 1910. Labane C. Dupuis, V° Texte : *Gaz. Pal.*, 18 janvier 1911. S. 1911. 2. 107. — *Ann. Prop. Ind.*, janv. 1912 Cependant, il est à remarquer que dans cette espèce, la femme s'était bornée à assister son mari, sans rien faire pour détourner la clientèle du fonds cédé. — De sorte que ce jugement, tout en exonérant la femme, laisse, bien entendre qu'elle serait par argument « *a contrario* » tenue vis-à-vis de son acquéreur, si elle s'était livrée à quelques manœuvres déloyales. — En ce cas, la décision est satisfaisante.

Elle porte donc sur une somme d'argent. La nature d'une dette, se déterminant par son objet, sa dette est donc bien mobilière. Or, au titre du contrat de mariage, l'article 1409, au Code civil porte : « La communauté se compose passivement : 1° de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage... » La clause d'interdiction stipulée par la femme est donc opposable au mari, car toute dette de la communauté est dette du mari, ce dernier en étant le chef. Si les époux ont opté pour la séparation de biens, la solution inverse doit être adoptée, car sous ce régime, leurs dettes contractées antérieurement au mariage, leur restent propres, et la clause d'interdiction ne sera pas opposable au mari, à moins, bien entendu, qu'il en ait eu connaissance et se soit rendu le complice de sa femme dans les actes de détournement de clientèle. La conclusion que nous avons adoptée paraît être satisfaisante, et il ne faut pas objecter que l'interdiction constitue une obligation de ne pas faire, qui se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution, et que la conversion de cette obligation en dommages-intérêts, constitue une novation qui a transformé l'obligation primitive en une dette d'argent, laquelle est une dette mobilière, et que par conséquent, l'obligation de ne pas faire, avant qu'elle soit novée en une somme d'argent, n'est pas une dette mobilière et n'entre pas dans le passif de la communauté (1). Y a-t-il vraiment novation ? nous ne le pensons pas, car y a-t-il réellement extinction d'une obligation par la création d'une obligation nouvelle, destinée à la remplacer ? — L'obligation primitive, pesant sur la femme, n'est pas éteinte, et les dommages-intérêts ne sont que la sanction.

(1) Marseille, 4 nov. 1908. *Rec. Marseille* 1909. 1. page 70. Ce jugement pose très nettement la difficulté. Il se demande si l'obligation contractée par la venderesse, antérieurement à son mariage, constitue bien une dette mobilière dans le sens de l'art. 1409. C. Civ. Il répond par la négative, mais il ajoute que l'acheteur peut être autorisé à prouver que le mari et la femme ont commis ensemble ou séparément des actes de mauvaise foi et susceptibles de lui nuire.

2e *Hypothèse.* — 1re question : L'obligation de ne pas se rétablir passe-t-elle à la veuve ? — Nous devons décider, en principe, que l'interdiction de se rétablir passe à la veuve du vendeur aux termes de l'art. 1122 du Code civil : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayant-cause ».

Cette solution s'impose, surtout quand la veuve était commune en bien, car le prix du fonds de commerce est entré dans le patrimoine de la communauté qu'elle a recueillie. Mais encore faut-il qu'elle accepte la communauté, car si elle y renonce, elle devient complètement étrangère aux obligations contractées par son mari (1).

Certaines décisions repoussent absolument cette conclusion et déclarent, la veuve même commune en biens, même héritière de son mari, non tenue par la clause d'interdiction insérée par ce dernier : l'interdiction de se rétablir, disent ces décisions, est essentiellement personnelle et ne saurait passer à la veuve du vendeur (2).

D'autres décisions, tout en admettant la transmissibilité de l'obligation prise par le mari, à sa veuve, lui accordent la faculté de se rétablir quand il s'est écoulé après la vente faite par son mari, un délai assez considérable ; elle n'est pas alors réputée faire à l'acheteur une concurrence illicite, car ce dernier a eu tout le temps voulu pour conserver une clientèle qui a dû se disperser et se renouveler ensuite (3). Cette

(1) Havre, 13 juin 1910. *Rec. Havre* 1910. 1. 57. — Nantes, 1er mai 1897. *Rec. Nantes* 1898. 1. page 30. (Tables décennales *Rec. Nantes* 1891. 1900. Vente n° 98 et 99). — Cour de Poitiers (1re chambre), 22 juillet 1912. *Ann. Prop. Ind.* avril-mai 1913, p. 41. Texte : *Gaz. Pal.*, 17 oct. 1912 « pour la veuve d'un associé ayant vendu le commerce indivis, qui se livre à des manœuvres déloyales. — L'associé s'était interdit par l'acte de cession « directement ou indirectement, le commerce faisant l'objet de la société ».

(2) Cour de Lyon, 23 juillet 1896. *Mon. Jud. Lyon* 1896. — Montpellier, 21 juillet 1905. *Ann. Prop. Ind.*, 1907. 2. 66 « pour la veuve d'un entrepreneur de messageries qui s'était interdit d'établir un service de voitures entre certaines localités ». — Cette décision est critiquée par M. Léon Lacour, au Dalloz. 1907. 2. 209).

(3) Trib. Comm. Marseille, 13 nov. 1900. *Rec. Mars.*, 1901. 1. 54. « La veuve s'était établie 13 ans après ».

décision est assez dangereuse pour l'acquéreur, car la veuve conserve le nom de son mari, et sans aucun doute, elle détournera une partie de la clientèle cédée. Aussi malgré le délai écoulé depuis la vente, faut-il d'après les circonstances de fait, étendre la prohibition de se rétablir, à sa veuve, ainsi, si elle avait pris une part active et presque exclusive à l'exploitation du fonds placé sous le nom de son mari ; si le nouveau fonds créé par elle, a été installé en face même du fonds vendu par son mari. On peut dire alors que l'intention de faire concurrence est prouvée par le choix du local (1).

2° *Question* : La veuve qui a vendu le fonds exploité par son mari, avec clause d'interdiction, enfreint-elle son obligation en s'immiscant dans le commerce similaire de son nouveau mari ? Cette question présente une certaine analogie avec la première hypothèse déjà étudiée, nous la résoudrons donc à l'aide des mêmes principes. Elle ne contreviendra à la clause que tout autant qu'elle participe activement à l'exploitation du commerce de son nouveau mari et l'on ne saurait dire que celui-ci est tenu de respecter l'obligation prise par sa femme (2). Toutefois, il n'en serait ainsi qu'autant qu'elle serait mariée sous le régime de la séparation de biens (3).

Mais il y a lieu de remarquer que les tribunaux possèdent un large pouvoir d'appréciation. Ils pourraient décider par interprétation de la convention, que la clause d'interdiction laissait en dehors de ses prévisions le cas où la venderesse viendrait, par le fait d'un second mariage, contracté avec un négociant exerçant un commerce similaire, à acquérir un intérêt dans ce commerce. D'autre part, à raison des circonstances même, ils peuvent décider que la femme n'a commis aucun acte de concurrence déloyale vis-à-vis de son acqué-

(1) Trib. Comm. Lyon, 23 juillet 1909. *Gaz. Comm. Lyon*, 9 mars 1910 avec note.

(2) Le Havre, 4 octobre 1911. *Rec. Havre* 1912. 1. 46.

(3) Trib. Comm. Seine, 3 avril 1857. *J. Trib. Comm.* 1857, p. 448. Conf. : Lèbre, Traité fonds de commerce n° 105, page 123.

reur, et c'est à bon droit qu'un arrêt a exonéré la veuve de toute responsabilité, alors qu'elle avait exploité le fonds de commerce de son mari, postérieurement au décès de celui-ci, en constatant que l'exploitation n'avait pas eu lieu pour le compte et profit exclusif de la veuve, mais qu'elle avait été continuée, sous son nom, simplement à titre temporaire et conservatoire pour le compte de la succession du mari et de la communauté qui en dépendait (1).

La continuation du commerce et la conservation de l'intérêt de la femme dans ce commerce étaient ainsi dues à des circonstances indépendantes de sa volonté, à savoir la liquidation encore pendante de la communauté et de la succession du mari. Cette situation excluait donc la concurrence déloyale et la contravention à la clause d'interdiction.

(1) Paris, 7 août 1889 sous Cass., 27 juillet 1892. S. 94. 1. 90. — Le tribunal de commerce avait indiqué que dans le commerce de la boucherie la femme ne jouait habituellement qu'un rôle secondaire, et que le concours qu'elle prêtait à son mari n'aggravait en rien la concurrence qui se produit par l'exploitation naturelle d'un établissement rival. Il invoquait de plus l'art. 1162 Code Civil, aux termes duquel « dans le doute, la convention s'interprète... en faveur de celui qui a contracté l'obligation ».

CHAPITRE V

Ce que l'on doit entendre par « Commerce Similaire »

SECTION I. — *Le Commerce Similaire* (1). — C'est une expression que nous avons rencontrée très souvent dans l'étude de la clause d'interdiction ; presque toujours le vendeur qui s'interdit de se rétablir,ajoute dans « une industrie similaire ou analogue ». Les parties veulent ainsi prévenir les difficultés et déterminer d'une façon précise leurs obligations. Mais quand y a-t-il similitude ou analogie d'industrie ? Dans quels cas, la ressemblance est-elle suffisante pour que les tribunaux puissent décider que la clause d'interdiction a été violée par le vendeur ? Il est bien difficile de poser une règle générale, et tout ce qu'on peut dire de plus général c'est qu'il n'est pas nécessaire que les deux établissements soient exactement semblables comme importance et comme aspect, il suffit pour qu'il y ait similitude qu'ils soient fréquentés en partie du moins par une clientèle « de pareille nature et de même origine ». Si les clients du vendeur peuvent satisfaire les mêmes besoins en s'adressant à l'établissement nouvellement créé, s'ils peuvent s'approvisionner comme dans le fonds que le vendeur a cédé, il y a similitude d'industrie (2). Mais nous devons ajouter, que peu importe la dénomination nouvelle qu'a adoptée le vendeur, s'il se trouve dans le nouveau fonds une branche accessoire du commerce qu'il avait vendu (3). Le vendeur en effet, qui forme un établissement de

(1) Lyon-Caen et Renault. *Traité*, t. III, n° 248 *ter*.

(2) Cour de Nîmes (1re Chambre), 17 février 1911. *Ann. Prop. Ind.* 1911. 2. 54. Texte : *Gaz. Trib.*, 1er juin 1911. Cet arrêt relève les différences indiquées.

(3) Rennes, 25 oct. 1886. *Rec. Nantes* 1887. 1. 337. Le vendeur

nature différente, ne peut y vendre, même dans une mesure restreinte, des articles qui faisaient partie du commerce qu'il exploitait : cette solution dépasse certainement la portée de la clause d'interdiction, car on peut dire, qu'il n'y a pas dans ce cas violation complète de la clause, mais simplement infraction partielle à cette dernière, le détournement de clientèle, n'étant que restreint. Quoiqu'il en soit, une décision récente n'a pas hésité à déclarer que la clause d'interdiction de se rétablir s'oppose absolument à ce que le vendeur mette en vente des marchandises dépendant de son commerce primitif, alors même qu'elles rentrent parfaitement dans l'exercice de son commerce actuel (1). Quoique cette conclusion nous paraisse sévère, elle se concilie très bien avec les principes de la garantie : le vendeur ne peut reprendre la clientèle qu'il a cédée à son acquéreur et sur laquelle ce dernier a dû compter — et peu importe, que le commerce installé par le vendeur soit pratiqué dans un domicile peu accessible au public.

Ainsi l'interdiction imposée au vendeur d'un fonds de

d'une cordonnerie ne peut, sans violer l'obligation de ne pas se rétablir, monter un magasin de mercerie, comprenant des chaussures légères. — Paris, 7 avril 1875. *J. Trib. Comm.* 1876, p. 54. Vendeur d'un fonds d'épicerie, ne peut vendre des huiles comestibles. — Comm. Seine, 2 juin 1890. *Le Droit* du 18 juin 1890. Le vendeur d'un établissement de tissus spéciaux pour ameublement, ne peut établir une industrie de tissus pour ameublement en général.

(1) Trib. Comm. Périgueux(31 mai 1912. *Le Droit*, 18 juin 1912. « Un épicier, rétabli marchand grainetier » ne peut mettre en vente des marchandises dépendant de l'épicerie — encore bien qu'elles relèvent de son commerce actuel. Paris, 13 mai 1872. *J. Trib. Comm.* 1872., p. 441. — Le vendeur d'un fonds de marchand de vins ne peut ouvrir une épicerie et y joindre un débit de vins. — Comm. Seine, 17 janvier 1893. *J. Trib. Comm.* 1894, p. 144. Le vendeur d'un fonds de cordonnerie ne peut ouvrir une boutique et y vendre des chaussures de cuir. — Rouen, 25 janv. 1893. *Rec Rouen* 1893. 1. 36, pour le vendeur d'une pharmacie continuant à débiter des spécialités dont il est l'inventeur. — Nantes, 24 juin 1882. *Rec. Nantes* 1882. 1. 340. Il s'agissait d'un débit de vins, commerce de savon et charcuterie ; le vendeur s'était rétabli dans le commerce de savon. — Rouen 6 mars 1897. *Rec. Rouen* 1897. 1. 33. Le vendeur d'un fonds comprenant les commerces de limonadier, épicier, tailleur, nouveautés, ne peut se rétablir cafetier.

commerce de modes de créer ou faire valoir aucun autre commerce similaire doit viser non seulement le commerce de modes exercé dans un magasin, mais même la la confection de modes à façon exercé en chambres : cette décision est à noter, car dans ce cas, on ne peut pas dire qu'il y ait détournement ostensible de clientèle : cette dernière peut bien ignorer le rétablissement du vendeur, d'autant plus que rien ne le révèle à ses yeux (1). Nous devons ajouter, qu'il n'y aura pas violation de la clause d'interdiction, lorsque les actes du vendeur n'ont pas le caractère d'actes de concurrence déloyale au regard du cessionnaire du fonds, lorsque, en un mot les agissements du vendeur ne sont point des actes de commerce, à moins, bien entendu, de stipulation spéciale à ce sujet : cela est d'évidence et nous ne comprenons pas que des procès aient été soutenus à ce sujet (2).

Donc, il y a rétablissement du vendeur dans un commerce similaire, et par conséquent violation de la clause, quand il vend des marchandises dépendant de son commerce primitifs, quoiqu'il ne se soit pas rétabli à proprement parler dans son commerce antérieur. Mais très souvent, il est facile de se rendre compte, que le vendeur a contrevenu à son obligation, quand à raison du commerce même qu'il a installé de nouveau, il s'adresse véritablement à la même clientèle, en un mot, l'établissement créé par lui, a une « destination identique ». C'est là le criterium de la similitude d'industrie (3). La violation de la clause apparaît

(1) Lyon, 2 février 1882 et Lyon, 25 août 1882. *Le Droit* du 13 janv. 1883. Mais il est à remarquer que la venderesse avait envoyé des circulaires à son ancienne clientèle.

(2) Paris, 20 juillet 1897. *J. Trib. Comm.* 1898, p. 467. Le vendeur d'une épicerie comportant la fruiterie, peut vendre les fruits de son jardin. — Amiens, 20 nov. 1886. *Gaz. Pal.*, 87. 1, supp. 134. Le vendeur d'un fonds de bals, concerts et soirées, peut donner dans la maison qu'il continue d'occuper un banquet, et comme suite du banquet une soirée musicale et chantante.

(3) Toulouse, 16 janv. 1895. *La Loi* du 4 mars 1895. Un café-concert créé par le vendeur d'un café est un établissement similaire, alors

d'une façon manifeste quand le vendeur donne à son établissement, même à une simple annexe, la dénomination ancienne, peu importe que le fonds nouvellement créé n'était que l'accessoire de l'ancien établissement (1).

Le vendeur a enfreint son obligation parce que ses anciens clients, et c'est là le véritable motif, ont la possibilité de venir s'approvisionner chez lui, au détriment de son acquéreur. Le fonds vendu va donc nécessairement subir une diminution de clientèle, aussi nous comprenons la sévérité des tribunaux à vouloir réprimer ces agissements illicites. Peu importe que le vendeur ne se soit rétabli que dans une branche de son ancien commerce ! Qu'il ne vende même que des marchandises dépendant de son ancienne maison ! Il est capable de rendre les mêmes services à son ancienne clientèle (2). Mais, dès que les établissements ont des destinations différentes, dès qu'ils ne s'adressent pas à la même

que la base même de la recette est constituée par la nécessité de prendre des consommations tarifées au même prix que dans les cafés. — Trib. Comm. Seine, 18 juillet 1900. *La Loi* du 29 octobre 1900 : pour le vendeur d'une entreprise de déménagements qui établit un fonds de garde-meubles et un remisage de voitures à bras.

(1) Nantes, 19 janvier 1898. *Rec. Nantes* 1898. 1. 180. Pour un vendeur d'un café-buvette, s'étant réservé le droit de créer un café ne peut y annexer une buvette et lui donner l'appellation de café-buvette.

Rouen, 22 mai 1897. *Rec. Rouen* 1897. 1. 176. (Vendeur d'un hôtel comprenant un café-débit, ne peut acheter un fonds d'épicerie avec débit de boissons.

(2) Hypothèses d'industries similaires exercées par le vendeur, et s'adressant à la même clientèle.— Cour de Nîmes, 7 juin 1905. *Ann. Prop. Ind.* 1906. 1, page 10. « Un vendeur d'un fond de limonadier-restaurant ne peut ouvrir un fonds de cafetier, même sans adjonction de restaurant. — Amiens, 27 mars 1897. *Rec. Amiens* 1897. 117. Le vendeur d'une briqueterie ne peut faire procéder à la cuisson de ses briques. — Civ. Rej., 9 février 1898. S. 98. 1. 121. Le vendeur d'un établissement pour la fabrication et la vente de la grosse serrurerie ne peut accepter la direction d'une société de fontes, métaux et bronzes. — Req., 14 février 1906. D. 1907. 1. 159. « Le vendeur d'un fonds de blanchisserie à façon, dans lequel il est procédé au nettoyage des chiffons sales, ne peut s'établir marchand de chiffons en gros. — Marseille, Trib. Comm., 28 août 1888. *Journ. Jurisp. Marseille* 1889. 1 .16. Le vendeur d'un fonds de débit de tabacs et liqueurs ne peut ouvrir un débit de liqueurs.

clientèle, et que le nouvel établissement présente avec le premier, des différences notables « spécialement quant à l'organisation matérielle, au mode d'exploitation et à la nature de la clientèle », les tribunaux n'hésitent pas à exonérer le vendeur, qui s'est rétabli, de toute responsabilité (1).

La clause d'interdiction insérée dans l'acte de vente, a eu pour objet de préserver l'acquéreur de toute concurrence préjudiciable, qui leur serait faite par le vendeur. On ne saurait donc dire que ce dernier a violé la clause quand il n'empiète d'aucune façon sur la clientèle de son acheteur. Voilà l'unique soin des tribunaux : L'établissement nouvellement créé est-il susceptible d'être fréquenté par l'ancienne clientèle du vendeur ? C'est alors un moyen détourné pour lui de rallier sa clientèle, et il y a là des agissements déloyaux qu'il convient de réprimer. Mais, pour affranchir le vendeur de toute responsabilité, il faut, nous le répétons, que l'établissement ait une destination différente de celui qu'il possédait (2). Les décisions relèvent, du reste, dans les diverses espèces, que le commerce ouvert ultérieurement par le vendeur « ne constitue en fait aucune concurrence à l'ac-

(1) Req. Cass., 10 août 1869. Aff. Malbo. D. 70. 1. 115. Arrêt de rejet. Le 28 novembre 1868 la Cour de Paris avait décidé « que l'établissement vendu était une maison meublée avec tables d'hôte et pension bourgeoise ; que dans l'établissement créé par le vendeur il n'y avait ni table d'hôte, ni pension bourgeoise ; et que les deux établissements s'adressent à une clientèle différente. — Nancy, 15 juin 1899. D. 1899. 2. 288. L'épicier qui vend son fonds peut librement entreprendre la fabrication du chocolat.

(2) Trib. Comm. Oran, 6 décembre 1907. « *La Loi* du 30 janvier 1908, note P. Bogelot. Le pharmacien vendeur de son fonds, peut créer une droguerie. Le droguiste, à la différence du pharmacien, ne vend pas à la clientèle et au poids médicinal. — Trib. Comm. Marseille, 6 mars 1891. *Rec. Marseille* 1891. 1. 115. Le vendeur d'un hôtel garni dont le restaurant n'est que l'annexe et l'accessoire du logement, peut se rétablir dans un fonds de restaurant. — Trib. Comm. Lyon, 10 août 1897. *Mon. Lyon*, 26 août 1897. Il n'y a aucune « analogie » entre un fonds de café et un commerce créé par le vendeur, consistant en un petit débit vulgairement appelé « Zinc », confiné dans un *espace étroit*, où les *consommations à bas prix se prennent debout*. — Paris, 1er février 1890. Aff. Mathieu. *Gaz. Trib.* 23 avril 1890 ; « il n'y a pas analogie d'industrie entre une maison

quéreur ». Et il est à remarquer, qu'en cas d'infraction, le vendeur est responsable non seulement des infractions qu'il commettrait personnellement, mais encore de celles qui seraient commises par le cessionnaire de la branche d'industrie qu'il s'est réservée (1). Nous devons ajouter, que dans cette délicate matière, la détermination du commerce similaire, entre dans les pouvoirs d'appréciation du juge, et il est impossible de poser des principes d'une rigoureuse fixité: c'est essentiellement une question d'espèces.

Aussi, nous sommes-nous bornés à indiquer les caractères susceptibles de différencier l'établissement créé par le vendeur de celui qu'il a cédé à son acheteur, c'est tout ce que l'on peut faire. Il faudra tenir compte des habitudes locales, car elles peuvent avoir une grande influence sur la solution des difficultés, du quartier même dans lequel l'industrie est exercée et des localités (2). Ainsi, dans les villes, les établissements d'hôtels et de cafés ne constituent pas des industries similaires, elles le sont au contraire, à la campagne, car elles consistent l'une et l'autre à donner à boire et à manger aux voyageurs et à les coucher. Mais ce ne sont pas les seuls éléments d'appréciation : on devra examiner avec soin les termes même de la clause d'interdiction, afin de rechercher l'intention des parties. C'est ainsi que le vendeur d'un commerce de vins qui s'est interdit de faire aucune

de teinturerie à façon et l'établissement d'ateliers, de teinturerie spécialement affectés, dans une usine, à la teinture des produits qui y sont fabriqués. »

(1) Trib. Com. Marseille, 10 nov. 1896. *Rec. Marseille* 1896. 1. 100. — Pour un débitant qui cède son débit de vins à consommer sur place et s'est réservé le commerce de vins à emporter. — Paris, 4 mai 1897. S. 1897. 2. 235. D'après les usages de Paris, le vendeur d'une crémerie-glaces peut débiter le thé, le café en grains, le chocolat en tablettes, mais non l'eau de Seltz, les boîtes de sardines, la moutarde, l'huile et les conserves.

(2) Trib. Lille, 18 avril 1899. *Nord. Jurid.* 1900, p. 63. « Le terme épicerie doit s'entendre de nos jours d'une façon large et générale ». « Les légumes et le pétrole, surtout dans un quartier populeux, sont pour les épiceries des objets de vente journalière. »

Trib. Comm. Charolles, 21 mars 1902. Loi du 24 avril 1902. Texte, *Gaz. Pal.*, 25 avril 1902.

vente directement ou indirectement, peut exercer la profession de courtier, car elle est différente de celle de marchand en gros, mais par contre, la représentation des marchands en gros tombe nécessairement sous le coup de la clause rapportée comme étant particulièrement propre à fournir au vendeur le moyen de procéder aux ventes qu'il s'est interdites (1). Quelquefois, pour déterminer exactement s'il y a commerce similaire, il faudra se référer à la nature de l'entreprise cédée et au genre d'opérations qu'elle comprend, souvent à la nature même des objets vendus et bien que, ces derniers se rattachent au commerce cédé par le vendeur, dans une certaine mesure, il faut l'autoriser à en pratiquer la vente, car ils s'adressent à une clientèle différente, et c'est là le vrai motif (2).

Mais si les commerces du vendeur et de l'acheteur, tout en étant deux industries différentes, ont des rapports entre eux, et si l'exercice de l'un peut avoir une influence sur l'autre, il faut le défendre au vendeur (3). Tels sont les divers moyens qui s'offrent aux tribunaux pour déterminer si le vendeur s'est effectivement rétabli dans un commerce similaire, et s'il a enfreint comme conséquence la clause d'interdiction. Leur rôle est difficile, il faut en convenir, car, comme nous l'avons dit, ils ne peuvent s'inspirer dans cette matière, de principes fermes ; tout au plus peuvent-ils

(1) Grenoble, 4 juin 1907. *Rec. Grenoble* 1907, p. 157.

(2) Trib. Comm. Marseille, 29 oct. 1901. *Rec. Marseille* 1902. 1. 29. « Le vendeur d'une entreprise de transit colonial, ne contrevient pas « à la clause, en s'occupant des opérations de débarquements à rai- « son du rapatriement des troupes ayant pris part à l'expédition de « Chine. — L'expression « transit colonial » ne pouvant s'appliquer « qu'aux opérations de transit entre ports français et colonies fran- « çaises ou pays de protectorat ».

Paris, 10 nov. 1905. *Gaz. Pal.*, du 25 mai 1906. « Vendeur d'un fonds d'images religieuses et d'objets de religion, peut acheter un fonds de nouveautés et fantaisies, comprenant des objets qui, bien que destinés à la parure féminine, peuvent être achetés comme cadeaux de première communion ».

(3) Paris, 15 avril 1875. « Aff. Marcault ». D. 76. 2. 95. Commerce de fabricant de gants, et celui de marchand de gants en détail. »

faire appel aux règles générales que nous avons posées, en les adaptant, toutefois, aux circonstances de la cause qui leur est soumise. Aussi, et nous terminerons par cette observation complémentaire, y a-t-il exagération manifeste à déclarer qu'il faut entendre par commerce similaire « exclusivement le commerce principal que les parties avaient eu en vue, lors de la vente » (1). C'est poser un principe trop général et trop absolu.

Section II. — *Détermination du Commerce de Gros et du Commerce de détail.* — Si dans le cas précédent, il est difficile de distinguer entre deux établissements et de voir s'il y a là deux professions complètement distinctes, la difficulté est encore plus grande quand il s'agit de distinguer entre le commerce de gros et le commerce de détail : l'hypothèse se présente souvent, quand le vendeur d'un fonds, où s'exploitait le commerce de gros, fonde un établissement de détail des mêmes objets ou inversement. Il est évident, que si on peut reconnaître que le vendeur sous prétexte de gros, fait le détail, et réciproquement, la fermeture du fonds doit être ordonnée (2). Mais, où finit le détail, ou commence le gros ? Il n'y a pas de difficulté, si l'acte de vente spécifie que le commerce de gros consiste dans la vente à des marchands en gros. Il n'y aura donc qu'à s'en tenir aux termes de la convention (3). Mais à défaut d'une telle précision, quel est le système à adopter, de quelles considérations faut-il tenir compte, pour qualifier le commerce de gros et le commerce

(1) Rennes, 29 oct. 1894. *Rec. Rennes* 1894. 1. 259. « Il s'agissait de savoir si une personne qui avait loué un commerce *d'hôtelier aubergiste* avec interdiction de louer dans le même immeuble à un commerce similaire, avait violé cette clause en louant à un épicier qui avait adjoint comme accessoire de son épicerie un débit de vns à emporter. — Non, dit le jugement, car il faut se référer pour savoir s'il y a commerce similaire au commerce principal envisagé par les parties lors de la vente. — Cette décision est vraiment excessive. »

(2) Trib. Comm. Seine,13 sept. 1883.*Journ. trib. Comm.* 1884,p. 120.

(3) Comm. Seine, 13 sept. 1883. *J. trib. Comm.* 1883, p. 120. « La clause portait interdiction de vendre aux débitants ou particuliers à peine d'une indemnité par chaque contravention ». (arrêt précité).

de détail ? D'après certaines décisions judiciaires, il faudrait s'attacher à un minimum variable, bien entendu, suivant la nature même des marchandises (1).

On doit certainement se préoccuper de la quantité des objets vendus, mais cette circonstance ne fournit pas un criterium satisfaisant par elle seule ; d'autres doivent entrer en ligne de compte : telles que la nature du commerce et la localité dans laquelle il s'exerce : c'est que les conditions du milieu ne sont pas indifférentes ; à Marseille, le marchand en gros ne traitera que de grosse ventes et ne s'arrêtera pas à des affaires peu importantes, à Arles, par exemple, il recherchera toutes les possibilités de vendre et d'écouler ses marchandises. Enfin, la qualité des acheteurs, la nature de la clientèle : Il est évident que la maison de gros qui fournit aux grands magasins, traite sur des quantités énormes, tandis que celle qui fournit aux petits magasins n'effectue ses livraisons qu'en qualités très restreintes. Il faut donc écarter un maximum de poids comme criterium du commerce de gros, car il est susceptible de varier suivant les circonstances.

Aussi faut-il s'arrêter à un système plus simple : Il y a vente au détail, lorsque le débit est fait directement aux consommateurs, sans intermédiaires (2). Ce système peut se

— Trib. Comm. Seine, 24 nov. 1851. et Paris, 19 mai 1852. « Le négociant en vendant son fonds de détail et se réservant de fabriquer et de vendre en gros, ne peut fonder une maison dans laquelle il vend en détail et aux cosommateurs ». *J. Trib. Comm.* 1852. p. 237.

(1) Paris, 28 avril 1860. *J. Trib. Comm.* 1860, p. 362. « Le marchand de vins qui, en vendant son fonds, s'est réservé la vente en gros, peut livrer des paniers de 12 à 15 bouteilles. — Trib. Comm. Seine, 17 février 1877. *J. Trib. Comm.* 1877, p. 246. « La quantité vendue doit être prise en considération pour déterminer ce qui constitue une vente en gros. »

(2) Lyon, 17 février 1882. S. 1882. 2. 213. « Le marchand de fromages qui s'est réservé le commerce de gros, conserve le droit de vendre par n'importe quelle quantité, pourvu qu'il ne livre pas directement au consommateur ». — Trib. Pontoise, 17 janvier 1882. *J. Trib. Comm.*, p. 366. — « La différence essentielle entre le commerce de boissons en détail et le commerce en demi-gros, consiste en ce que le marchand en demi-gros ne vend pas à consommer sur place, comme fait le détaillant ».

fonder sur la loi du 15 juillet 1880 sur les patentes. D'après cette loi « sont réputés : marchands en gros, ceux qui ven- « dent principalement à d'autres marchands, marchands en « demi-gros, ceux qui vendent habituellement aux détail- « lants et aux consommateurs ; marchands en détail, ceux « qui ne vendent habituellement qu'aux consommateurs », et il a pour lui le grand avantage de respecter l'intention probable des parties. Car en se réservant la vente en gros, le vendeur doit être présumé avoir employé les expressions d'usage dans leur acception habituelle, et il est logique de s'y référer quand les parties ne se sont pas expliquées d'une manière plus précise.

Mais les tribunaux devront, encore ici, examiner avant tout les circonstances de la cause, et sous prétexte de s'être réservé soit le commerce de gros, soit le commerce de détail, le vendeur ne doit pas détourner la clientèle de son acquéreur : voilà le vrai principe. Aussi a-t-on décidé, qu'en présence de l'interdiction générale de se rétablir, il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les ventes en gros et les ventes en détail : c'est aller un peu loin sans doute ; mais quoiqu'il en soit, c'est en interprétant sainement la clause d'interdiction, que le juge pourra en découvrir la portée véritable, et décider si le vendeur a ou non contrevenu à son obligation (1).

(1) Paris, 15 avril 1875. S. 76. 2. 201. D. 76. 2. 95. — Cass. rej., 9 mai 1888. Aff. Denance contre Publier. « La clause par laquelle un grainetier s'est interdit « de vendre aucuns grains dans un certain rayon, si ce n'est par échantillon au gros commerce ou par suite d'adjudication publique, peut être entendue en ce sens qu'il a contracté l'obligation de ne vendre qu'aux marchands en gros, et en s'abstenant de tenir un magasin approvisionné ». — *D. 1889.* 1. 76. — *Ann. Prop. Indust.* 1891, p. 22.

CHAPITRE VI

L'interdiction de se rétablir pèse-t-elle sur les héritiers du vendeur ?

SECTION I. — *Les héritiers du vendeur sont tenus comme le vendeur lui-même.* — Quand nous parlons de l'interdiction de se rétablir, nous envisageons ici l'obligation particulière du vendeur résultant soit d'une clause formelle de l'acte de vente, soit, en l'absence de toute stipulation expresse comme découlant nécessairement de l'obligation générale de garantie. Cette remarque faite, nous indiquerons donc que l'obligation de ne pas se rétablir passe aux héritiers du vendeur, et c'est effectivement la solution qu'il faut adopter. Ce n'est là, en effet, qu'une application des règles du droit commun, telles que les formule l'art. 1122 du Code Civil « on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers ou ayant-cause » (1). Ils sont liés dans la même mesure que le vendeur, ayant recueilli dans la succession de leur auteur, les avantages de la cession, ils doivent en supporter les charges. Mais il ne faut pas oublier qu'ils doivent accepter la succession, car, dans le cas contraire, ils ne seraient pas liés, et pourraient établir un fonds concurrent à celui transmis par leur auteur au cessionnaire quelque préjudiciable que pourrait être pour ce dernier, l'établissement créé par eux. Le principe de la transmissibilité des dettes est général, et il régit les obligations de faire comme celles de donner, à moins que le fait à accomplir n'exige une aptitude propre

(1) Guillouard : Traité de la Vente, t. I. n° 381. — Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 249 bis. « Ils indiquent que « les juges pourraient « décider d'après les circonstances qu'il doit en être autrement. Une « semblable décision se concevrait surtout à l'égard des héritiers « ne portant pas le même nom que le vendeur ».

au débiteur (1). Il n'y a donc pas de motif pour s'écarter ici, alors que l'on se trouve en présence d'une obligation de ne pas faire, du principe de la transmissibilité des dettes.

Mais un autre motif, tout aussi important, milite en faveur de ce système : c'est que le fait interdit par le contrat de vente, est susceptible de porter préjudice au cessionnaire du fonds, même dans le cas où il émanerait des héritiers du débiteur. Bien mieux, ces derniers peuvent faire à l'acquéreur une concurrence aussi préjudiciable que celle émanée du vendeur lui-même, s'ils portent le même nom : le public peut les confondre avec leur auteur décédé, et cette circonstance leur permet d'attirer plus facilement, à leur nouvel établissement la clientèle de celui qui a été cédé. Nous devons ajouter, que cette concurrence sera encore rendu plus redoutable, si l'héritier a été initié au commerce de son auteur, ce qui arrive très souvent pour le fils du vendeur, et nécessairement pour sa veuve. La clientèle d'autre part, a déjà pris contact avec eux, elle a été habituée à les voir dans le fonds, et les relations commerciales ne cesseront pas au décès du vendeur.

La question du nom joue donc un rôle prépondérant. Aussi faut-il décider qu'il faut interpréter sainement l'intention des parties : l'obligation des héritiers prend fin quand il s'est écoulé un temps suffisant pour que la clientèle cédée soit définitivement fixée chez l'acheteur, et il appartient aux juges de déterminer dans chaque espèce, quel est le temps nécessaire pour que ce résultat soit atteint. On admet généralement, en interprétant toujours le contrat, que les héritiers du vendeur sont dispensés d'observer l'interdiction quand ce

(1) Note de M. Léon Lacour au Dalloz. 1907. 2. 209, sous Montpellier, 21 juillet 1905. et au Dalloz, 1907. 2. 170, sous Angers, 8 février 1905. Dans cette dernière note, M. Lacour se demande si l'héritier du vendeur, au lieu d'exploiter un fonds concurrent, avait simplement loué l'immeuble à un tiers qui y aurait créé un établissement similaire, aurait encore contrevenu à l'obligation ? Il dit non, car « cette location est un acte d'administration de bien et non une reprise de la clientèle et il ajoute : « L'obligation de garantie interdit au vendeur une ingérence personnelle dans un commerce similaire.»

sont des parents éloignés portant un autre nom que celui de leur auteur « Dans ce cas, leur qualité d'héritier, ne leur pro- « cure aucune facilité particulière pour attirer à eux la clientèle ». (1)

Une très grande partie de la jurisprudence admet la transmissibilité de l'obligation de ne pas se rétablir, aux héritiers (2).

Les motifs sur lesquels se basent la plupart des décisions, sont ceux que nous avons invoqué plus haut : les héritiers ou successeurs universels du cédant d'un fonds de commerce, succédant à leur auteur, sont tenus comme lui de l'obligation de garantie. Ils doivent donc, comme leur vendeur, s'abstenir de tout acte de nature à détourner l'achalandage de la clientèle du fonds vendu. Cette obligation de garantie s'impose à eux dans les mêmes conditions, et alors même que l'acquéreur de leur auteur aurait transféré son commerce dans un autre local, ils ne peuvent créer un établissement dans le local occupé autrefois par le commerce

(1) Note Léon Lacour au Dalloz (précitée). — Il indique, qu'en présence d'une clause d'interdiction de se rétablir, toute la question se ramène à savoir si la clause est destinée à garantir l'acheteur de l'établissement contre le danger de voir exploiter une entreprise similaire et concurrente, non seulement par son vendeur, mais aussi par les héritiers de celui-ci. — Ce serait peut-être la meilleure solution, mais comment savoir si la clause a une pareille portée, et comment deviner l'intention présumée des parties ?

(2) Grenoble, 17 juin 1844. S. 1844. 2. 515. — Paris, 19 mai 1849. Aff. Malingre. D. 1850. 2. 51. Arrêt visant le fils du vendeur. « Il ne peut être admis à s'emparer d'une clientèle dont il a reçu ou recevra le paiement dans la succession de sa mère. ». — Douai, 1er mai 1900. *Le Droit* du 21 oct. 1900. — Cass. req., 5 juillet 1865. D. 65. 1. 425. — Angers, 8 février 1905. S. 1905. 2. 242. D. 1907. 2. 170. Note Léon Lacour. « Le vendeur d'un établissement d'éducation de jeunes filles avait consenti à son acheteur le bail de l'immeuble. Il mourut et institua la ville du Mans légataire universelle, cette dernière à l'expiration du bail, et l'établissement ayant été transporté ailleurs, avait installé dans le même immeuble une maison d'éducation. » — Paris, 21 février 1900. S. 1903. 2. 210. « Le fils du vendeur ne peut détourner la clientèle dont il a reçu le paiement en recueillant la succession de son père ». — Rouen, 15 décembre 1896. *Gaz. Pal.*, 17 mai 1897. — Trib. Comm. St-Etienne, 23 juin 1904. *Le Droit*, 1er sept. 1904. Pour la veuve du vendeur. — Trib. Comm. Nantes, 1er mai 1897. *Gaz. Trib.* 19 sept. 1897, pour la femme commune.

cédé à l'acheteur (1). Mais il y a exagération manifeste du principe de la transmission des obligations aux héritiers, dans une décision qui décide que la clause d'interdiction est opposable à l'héritier, alors qu'il ne résulte ni de la convention, ni de la nature du contrat, qu'il ait été dérogé au principe de l'art. 1122. C. civ. (2). — Cette solution est inexacte en droit, car la société constitue une personne morale, distincte des personnes qui la composent, et n'est qu'un ayant cause à titre particulier des associés.

Section II. — *L'obligation de ne pas se rétablir, est essentiellement personnelle au vendeur.* — Ce système s'appuie sur les termes de l'art. 1122 *in-fine* : c'est la nature même de la convention ,qui impose cette solution. Cette doctrine a rencontré des partisans. Ils s'inspirent du principe de la liberté commerciale, consacrée par le décret du 2 mars 1791. Il serait étrange, dit-on, que le fils, par exemple, qui, du vivant du père, a le droit incontestable de faire concurrence à celui-ci, ne puisse, après sa mort, faire concurrence au successeur de son père. Si l'engagement de ne pas s'établir obligeait les héritiers, cette défense grèverait perpétuellement tous les membres d'une même famille, ce qui est évidemment contraire au décret de 1791. Le droit de s'établir étant garanti au fils par la loi, il ne le trouve pas dans la succession de son père ; ce droit ne saurait lui être enlevé (3). L'héritier puise dans un droit propre, le droit de se livrer au commerce :

« ... Les héritiers du vendeur seraient singulièrement gênés « dans leur liberté commerciale, si le seul fait que leur au- « teur a naguère, et il y a peut-être longtemps, exercé un « commerce et vendu son fonds, devait être pour eux un « obstacle invincible à l'exercice du même commerce..... « Le respect du fils pour le père ne lui enlève rien de sa li-

(1) Tri. Comm. St-Etienne, 9 janvier 1908. *Petites affiches de la Loire*, du 27 février 1908.

(2) Tri. Comm. Seine, 21 janvier 1895. *La Loi* du 15 février 1895.

(3) Lallier. Paris, 1891. « Traité de la propriété des noms et des titres », n° 219.

« berté, qui demeure entière » (1) — toutes ces raisons, savamment exposées, avec leur apparence de logique, ont entraîné une partie de la jurisprudence, et certaines décisions n'hésitent pas à proclamer que l'obligation, prise par le vendeur, de ne pas se rétablir, est attachée à la personne qui l'a contractée et ne saurait se transmettre à ceux qui ne se sont pas imposé une pareille obligation (2).

Mais comme il a été très justement remarqué « la liberté n'existe pour chacun que sous réserve des obligations qui lui incombent, soit de son propre chef, soit du chef de son auteur » (3).

On voit immédiatement, à quelles conséquences va aboutir le système de l'intransmissibilité de l'obligation du vendeur. Ses héritiers pourront se rétablir, et l'acquéreur du fonds ne pourra se plaindre du nouvel établissement exploité par les héritiers. que s'il y a concurrence déloyale de la part de ces derniers. — Effrayés d'une pareille conséquence, les plus fervents adeptes de cette doctrine, y ont apporté un correctif : si les héritiers ont le droit d'exploiter un fonds similaire à celui cédé, c'est à la condition de ne pas établir de confusion entre les deux fonds. C'est ainsi que le fils du vendeur ne peut s'établir sans ajouter à son nom patronymique et en gros caractères « le mot fils » (4).

(1) Pouillet « Marques de Fabrique ». N° 603, p. 712. Chapitre IV. M. Pouillet semble n'admettre sa théorie qu'avec regret, car il indique, comme préface de ses observations, que le principe de la transmissibilité des obligations est d'autant plus vrai, qu'il s'agit d'un contrat de vente dont le prix venant grossir le patrimoine du vendeur, profite naturellement à ses héritiers.

(2) Montpellier, 21 juillet 1905. D. 1907. 2. 209. Pour la veuve du vendeur à moins qu'elle ne soit intervenue à l'acte de vente et y ait apposé sa signature.

(3) Critique, de M. Léon Lacour au Dalloz. 1907. 2. 209, de la décision de Montpellier du 21 juillet 1905, précitée. — Lyon, 23 juillet 1896 confirmant Trib. Comm. St-Etienne, 21 nov. 1895. Sirey 1897. 2. 263. La cour évita de se prononcer et confirma uniquement sur le motif tiré du défaut de justification d'un préjudice quelconque occasionné par le fait du rétablissement. — Paris, 21 février 1900. Sirey, 1903. 2. 210.

(4) Grenoble, 17 juin 1844. *Gaz. Trib.* du 14 octobre 1844.

L'héritier, a-t-on dit, qui, en cette qualité, profite du prix du fonds de commerce vendu, nuirait à l'exécution du traité dont il bénéficie.

« Le fils doit, comme tout homonyme, différencier son nom « commercial de façon qu'il ne se produise pas de confu- « sion entre le nom de son père et le sien. Ce qui est vrai « des rapports du père avec le fils,l'est aussi, et à plus forte « raison, de ses rapports, non plus avec son père, mais avec « le successeur de son père. La liberté, en un mot est au- « dessus même des liens de la famille » (1). C'est là un point commun avec la théorie de la transmissibilité de l'obligation du vendeur ; mais pour aboutir à des conséquences opposées. Le fait, pour l'héritier du vendeur, de porter le même nom que son auteur, sera un motif péremptoire pour les tribunaux pour lui opposer l'obligation contractée par le vendeur. Voilà les conséquences de la première doctrine. Ici, ce ne sera pour eux qu'une simple faculté. Ils pourront, quand l'héritier porte le même nom, prévenir le danger de détournement de clientèle, en étendant à cet héritier l'interdiction contractée par le vendeur.

(1) Pouillet. «Marques ».

CHAPITRE VII

Calcul de la distance ou du rayon.

SECTION UNIQUE. — *Les divers modes de calcul.* — Il est bien rare que dans l'acte de vente, le vendeur se soit imposé l'interdiction de se rétablir purement et simplement, presque toujours les parties ont eu le soin d'indiquer le périmètre dans lequel le vendeur ne peut se rétablir dans un commerce similaire. Si elles se sont expliqué d'une façon précise, si elles ont expressément déclaré en contractant que le calcul du parcours se fera soit géométriquement, soit en suivant par les rues le chemin le plus court, aucune difficulté n'existera et la sphère d'interdiction sera facile à déterminer. Mais quand elles ne se sont pas exprimé nettement, il s'élève, au reste, assez fréquemment, en pratique, des difficultés sur la détermination exacte du périmètre prohibé, notamment s'il a été indiqué en termes généraux, que le vendeur ne peut se rétablir dans son ancien commerce « dans tel Rayon, à telle distance ». Quel mode de calcul doit-on adopter ? est-ce en suivant le parcours des rues existantes, en tenant compte des multiples détours qu'elles obligent à faire ? est-ce au contraire, géométriquement, c'est-à-dire à vol d'oiseau On voit bien l'importance de la question : Si l'on adopte le second mode de calcul, l'acquéreur est protégé plus efficacement, car le rayon mesuré à vol d'oiseau s'étend plus loin et la concurrence est éloignée d'autant. Nous allons voir brièvement les différents systèmes qui ont été soutenus, et nous essaierons de dégager les vrais principes qui doivent régir la matière.

Un premier système enseigne, que quelles que soient les expressions employées par les parties, le périmètre interdit

doit être calculé d'après la distance effective en tenant compte des voies de communication. « Quand on parle de la distance qui existe entre deux établissements on entend se référer au chemin qu'il faut parcourir pour aller effectivement de l'un à l'autre, du reste, le dommage pouvant être causé à l'acheteur, par le nouvel établissement du vendeur, dépend de cette distance réelle » (1) ; ce système, donne à la clause son application la plus pratique. Un second système indique, que l'on doit toujours calculer à vol d'oiseau. Ce calcul en effet est plus favorable à l'acheteur, dont la situation mérite plus d'intérêt que celle du vendeur. Il a pour lui l'art. 1602 Code Civil, d'après lequel « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ».

« Quand on parle d'un rayon déterminé, il est bien difficile d'entendre autre chose qu'une ligne droite,et la ligne brisée, que présentent les sinuosités des rues, ne peut guère passer pour le rayon d'un cercle » (2).

Ces deux systèmes sont trop absolus et nous devons dire que la sphère prohibée dépend en grande partie de la nature du commerce exploité : voilà le vrai critérium : Le périmètre interdit varie avec la nature du commerce et de l'industrie (3). Le vendeur d'une maison de commerce qui n'étend ses affaires que dans un quartier ou même dans une ville, peut se rétablir hors du quartier ou de la ville. Mais si une industrie rayonne dans tout un pays, ou dans le monde entier, il peut être interdit au vendeur de se rétablir (4).

(1) Lyon-Caen et Renault. — Loc. cit. n° 248.

(2) Pouillet. Marques, n° 589. — En ce sens : Ruben de Couder. Dictionnaire Droit Commercial, n° 59 *bis*. « La distance doit être calculée à vol-d'oiseau, et non en tenant compte du circuit des rues, le calcul dût-il être plus favorable à l'acheteur. On applique l'art 1602 ».

(3) MM. Lyon-Caen et Renault, quoique partisans du premier système que nous avons exposé, semblent avoir un penchant pour cette dernière manière de voir. Ils ne l'ont pas, cependant, adoptée formellement.

(4) Paris, 12 janvier 1898. *Pand. Franç.* 1898. 5. 47, « pour l'industrie des armes de guerre. »

La plus grande incertitude règne en jurisprudence sur cette question : La doctrine qui semble prévaloir cependant, consiste à calculer le périmètre interdit, suivant les termes même employés par les parties : L'interdiction porte-t-elle sur un certain rayon ? le calcul se fera à vol d'oiseau. Le mot rayon, en effet, pour ces décisions implique l'idée et est l'expression d'une ligne droite (1).

Ce mode de calcul ainsi effectué, a l'avantage de fixer d'une façon certaine pour l'avenir le périmètre prohibé : Le parcours peut varier dans la suite, suivant les créations ou modifications qui seront faites dans les voies publiques, tandis que la distance à vol d'oiseau reste fixe. Mais si les parties ont employé le mot distance, il faudra tenir compte de la distance effective, car le mot distance « implique l'idée d'un calcul opéré suivant la ligne la plus courte par les rues, en suivant leurs sinuosités » (2).

Il faut avouer que la jurisprudence se livre à des subtilités qui ne correspondent pas même au sens usuel des mots. Le mot rayon signifie-t-il vraiment la distance à vol d'oiseau ? rien n'indique une pareille interprétation des termes et ce qu'il faudrait avant toutes choses, c'est rechercher l'intention des parties ; examiner dans quelles mesures, dans quelles limites elles ont voulu déterminer la zone de protection pour

(1) L'expression « Rayon » ne peut être interprétée autrement que dans le sens géométrique. — « Le rayon doit s'entendre distance à vol d'oiseau comprise dans le rayon, et non la distance calculée d'après le parcours à suivre par les rues ». En ce sens : Trib. Com. Nantes, 24 nov. 1900. *Rec. Marseille*, 1901. 2. 79. — Cour de Nîmes, 7 juin 1905. *Ann. Prop. Ind.* 1906. 1. 10. Le mot rayon ne signfiie pas la longueur du parcours à faire entre deux points en suivant les rues ». — Trib. Comm. St-Etienne, 20 sept. 1902. *La Loi*, du 23 oct. 1902. — Trib. Comm. St-Etienne, 18 mars 1903. *La Loi* du 8 avril 1903 et *Annales Prop. Ind.* 1905. 1. 45.

(2) Paris, 30 juillet 1881. S. 82. 2. 4. — Paris, 19 juillet 1883. S. 83. 2. 247. — Paris, 20 avril 1881 et 17 août 1881. S. 81. 2. 134. — Paris, 7 décembre 1880. S. 82. 2. 63. — Cour d'appel de Nancy, 13 nov. 1912. *Gaz. du Palais*, 1912. 35. « Cet arrêt fait très bien la distinction entre la clause portant interdiction de se rétablir dans un rayon de... et celle prohibant cette faculté dans la distance de... ».

l'acheteur, et ne pas se fier au sens littéral des termes. Mais hélas, les décisions en ce sens sont rares (1). Les tribunaux doivent apprécier avant tout les faits et circonstances de la cause et rechercher principalement si le commerce exercé par le vendeur est établi dans une distance telle qu'un préjudice en résultera pour son acquéreur. C'est ainsi que si un nouveau fonds est ouvert dans le périmètre interdit, mais à une distance presque insignifiante de la limite prescrite, ils pourront, malgré cette contravention, exclusivement mathématique peut-on dire.maintenir ce fonds s'il leur apparaît qu'aucun préjudice ne peut exister, et ils peuvent même fixer le rayon d'interdiction suivant le cas (2).

Il peut s'élever encore des difficultés, quand il est interdit au vendeur de se rétablir dans le « voisinage ». Que faut-il entendre exactement par cette expression ? La clause d'interdiction doit être interprétée restrictivement quand elle outrepasse la garantie de droit commun et restreint la liberté du commerce et de l'industrie, c'est sur ce principe qu'il faut décider que le voisinage ne comprendra pas les communes voisines et les décisions en ce sens sont assez nombreuses (3). Mais encore ici, il faut accorder aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation, et il faut, pour fixer exactement le sens du « voisinage », pour déterminer avec précision la limite qu'il renferme, tenir compte de la nature de l'industrie et de

(1) Marseille, Trib. Comm. 1er mars 1887. *Rec. Marseille* 1887. 1. 135. « Le mot périmètre, quel que soit son sens littéral, ne doit pas « être interprété comme l'équivalent de circonférence, mais comme « l'équivalent de Rayon. Ce jugement s'appuie sur l'art. 1156 C. civ. « et le cite même. »

(2) Marseille, Trib. Comm., 20 juillet 1904. *Rec. Marseille* 1904. 1. 328. « Extrémité du périmètre interdit : 1 m. 56 cent. sur 500 mètres. « Le tribunal admet que ce commerce exercé par le vendeur à cette « extrémité, ne constitue pas une concurrence déloyale. »

Trib. Comm. Nantes, 17 juin 1903. *Rec. Nantes* 1903. 1. 400. Ici, fixation du rayon d'interdiction à 4 kilomètres.

(3) Comm. Nantes, 14 août 1886. *Rec. Nantes*, 1887. 1. 40. 13 sept. 1890. *Rec. Nantes* 1890.1. 332. Cette dernière décision prête à la critique. Il s'agissait d'un pharmacien qui fut autorisé à s'établir de nouveau dans une commune voisine de Nantes.

la faculté, plus ou moins grande de la concurrence. Ce sont là des éléments suffisants pour se rendre compte si le vendeur s'est rétabli dans la zone prohibée (1).

Le périmètre d'interdiction une fois déterminé, le vendeur ne peut y entreprendre le même commerce ou un commerce similaire, il violerait l'obligation qu'il s'est imposée. Il ne peut se livrer à aucun acte destiné à détourner la clientèle de son acquéreur, il y aurait manœuvres déloyales de sa part à se rétablir même dans son commerce primitif en chambre, alors même qu'il travaillerait sans l'assistance d'aucun ouvrier (2). C'est la concurrence déloyale que l'on veut atteindre sous toutes ses formes, et il faut décider qu'il ne pourrait vendre des marchandises de la nature de celles qui font l'objet du commerce cédé, sur une place de marché de la ville où se trouve son acquéreur.

Il y aurait là une reprise directe de la clientèle. Peu importe que le vendeur, ainsi rétabli, ne s'adresse quà une clientèle nouvelle ! ce fait ne peut ni l'excuser ni l'absoudre auprès de son acheteur (4). Il ne peut, même s'il a créé un établissement au dehors du périmètre prohibé, établir dans ce dernier un dépôt des produits de sa nouvelle maison (5).

Le périmètre interdit sert donc de ligne de démarcation, de frontière pouvons-nous dire, à l'activité commerciale licite du vendeur. Rétabli dans la zone défendue, il tombe sous le coup de la clause d'interdiction et encourt les sanctions nécessaires.

(1) Besançon, 11 janvier 1865 (D 65. 2. 20), le voisinage peut s'entendre des communes voisines. — Lyon, 14 février 1891. *Ann. Prop. Ind.* 1892. page 93. Sur la demande des parties, pour éviter toutes difficultés, la Cour de Lyon, dans une espèce où le vendeur s'était interdit de se rétablir dans les villes avoisinantes, a fixé un périmètre de 200 kilomètres. — Toulouse, 28 mars 1884. *Gaz. Pal.*, 84. 1. supp. 130. *Ann. Prop. Indust.* Le vendeur s'était interdit de se rétablir dans le même quartier sans indication de distance.

(2) Paris, 7 décembre 1891. *Le Droit*, 6 janvier 1892. (Pour un graveur).

(3) Comm. Seine, 14 nov. 1902. *J. Trib. Comm.* 1904, p. 293.

(4) Lyon, 11 janvier 1897. *La Loi*, 21 mai 1897.

(5) Req., 8 nov. 1892. D. 93. 1. 33.

Rétabli au dehors, il peut se livrer au commerce, nous ne disons pas d'une façon complète, absolue, car, comme nous le verrons dans le chapitre concernant le vendeur autorisé à se rétablir, il est soumis encore vis-à-vis de son acquéreur à certaines restrictions inspirées par la bonne foi, et par la loyauté commerciale.

CHAPITRE VIII

Sanction de l'interdiction de se rétablir.

SECTION I. — *Les diverses sanctions, leurs cas d'application.* — Nous avons déjà rencontré au cours de notre étude les diverses sanctions que pouvait encourir le vendeur : La réduction du prix, la résolution de la vente, et dans ce cas, ce que pouvaient comprendre les restitutions imposées au vendeur, les dommages-intérêts auxquels il pouvait être condamné pour s'être livré à quelque acte préjudiciable à son acquéreur. C'étaient là les divers moyens pour assurer à ce dernier tous les avantages de la chose cédée. Nous n'avons qu'à étudier ici la sanction de l'obligation particulière assumée par le vendeur : De ne pas se rétablir.

L'obligation de garantie s'analyse, sous cette forme, en une obligation de ne pas faire. Or, toute obligation de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution d'après l'art. 1142. Le vendeur qui se rétablit encourt donc tout naturellement des dommages-intérêts au profit de l'acheteur. Mais le tribunal saisi de la question peut-il ordonner la fermeture du fonds de commerce ? La raison de se prononcer pour l'affirmative paraît dictée par l'art. 1143 du Code Civil qui permet au créancier de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'obligation soit détruit. La négative a été cependant soutenue, et l'on a dit que la fermeture ordonnée, violerait la règle que l'on exprime « *nemo præcise cogi potest ad factum* ». L'exécution forcée est impossible car l'obligation de ne pas entreprendre un commerce similaire, dans un rayon ou dans un temps déterminé n'est pas de nature à être sanctionnée par la force. Ce moyen de cœrcition exigerait

l'emploi de moyens violents, contraires à la liberté individuelle. Nous repoussons ce raisonnement, quelque séduisant qu'il puisse paraître. « La fermeture est, en effet, le seul moyen de mettre définitivement un terme à cette concurrence déloyale. Comment les tribunaux seraient-ils désarmés du droit de l'appliquer ? » (1). Nous devons ajouter que le principe établi par l'art. 1142 n'est d'une application rigoureuse que tout autant qu'il s'agit d'une obligation qui doit être exécuté par la personne même de l'obligé. Mais il ne s'impose plus avec la même énergie ici, car il s'agit d'une mesure concernant le fonds, et qui peut très bien être prise sans contraindre la personne du vendeur à agir. La fermeture du fonds peut donc très bien être ordonnée, et même à l'égard d'un tiers qui se serait volontairement associé au vendeur pour lui servir de prête-nom. (2)

Le jugement ordonnant la fermeture sera même opposable au cessionnaire postérieur au jugement : Et ce dernier ne pourra même pas s'opposer à l'exécution de la sentence (3).

On s'est demandé si le tribunal pouvait ordonner la fermeture du fonds créé par le vendeur, à un moment où il avait été déjà rétrocédé à un acquéreur de bonne foi. Une décision relativement récente s'est prononcée pour la négative (4).

Quelquefois, la jurisprudence admet la possibilité de faire fermer le fonds même avec l'assistance du commissaire de police et de la force armée ; les décisions en ce sens sont heu-

(1) Pouillet « Marques », n° 608, page 716.

(1) Pouillet « Marques », n° 608, page 716. — En ce sens : Planiol, *Traité de Droit Civil*, t. II, n° 173, page 61, et note au Dalloz. 1890. 2. 289. — Lyon-Caen et Renault, *Tratté*, t. 3, n° 248. — M. Pouillet, au sujet de la fermeture du fonds, laisse supposer que cette mesure de rigueur ne s'imposera énergiquement que dans l'hypothèse où le vendeur favorise le commerce d'un concurrent, sans se rétablir lui-même, mais il ajoute que même dans ce cas « ce sera une question de fait ».

(2) Paris, 23 novembre 1886. *Ann. Prop. Ind.* 1887. 115.

(3) Paris, 8 avril 1859. *Ann. Prop. Ind.* 1859. 146.

(4) Trib. Comm. Bordeaux, 24 sept. 1903. *Mém. Bordeaux* 1903. 1. 317.

reusement isolées (1). Plus nombreuses sont celles qui admettent la fermeture pure et simple de l'établissement (2) ou tout au moins de l'annexe où le vendeur fait concurrence à son acheteur (3) — le plus souvent le juge ordonne la fermeture sous une astreinte par chaque jour de retard, pendant un certain délai, passé lequel il sera fait droit : c'est la pratique la plus courante et la plus conforme aux intérêts des parties.

Il semble même que d'après la cour de cassation, l'emploi de la force armée contreviendrait à l'article 1142 et au principe « *Nemo potest præcise cogi ad factum* ». Le juge qui ordonne la fermeture d'un établissement créé au mépris d'une obligation de garantie, dit la Cour de Cassation « ne peut donner à cette condamnation d'autre sanction que l'avertissement qu'il sera fait droit, sur les conclusions nouvelles auxquelles le maintien dudit établissement pourra donner lieu ». (4)

La cour de cassation paraît bien dire, dans quelques-unes de ses décisions, que la fermeture peut être ordonnée, mais, si l'on se reporte à l'arrêt attaqué, on s'aperçoit que la fermeture avait été ordonnée sous une astreinte. Le plus souvent, outre la fermeture, le vendeur est condamné à des dommages-intérêts, de sorte que les deux sanctions sont cumulées (5). Mais il est d'évidence, que pour obtenir des domma-

(1) Paris, 23 nov. 1886. *Ann. Prop. Ind.* 1887. 115. — Paris, 31 août 1859, Sous. Cass. 2 mai 1860. D. 60. 1. 218.

(2) Le Havre, 13 juin 1910. *Rec. Havre* 1910. 1. 57. Ce jugement invoque l'art 1143. — Com. Saint-Etienne, 18 mars 1903. *La Loi*, 8 avril 1903. — Lyon, 6 avril 1892. S. 93. 2. 219. — Trib. Com. Saint-Etienne, 15 janv. 1891. *La loi*, du 2 février 1891. — Bordeaux, 13 nov. 1893. *Journ. An. Bordeaux* 1894. 1. 12. — Lyon, 22 juin 1893. *La Loi* du 24 janvier 1894. — Paris, 31 août 1859. D. 60. 1. 219.

(3) Paris, 15 janv. 1872. *Journ. Trib. Com.* 1872. p. 115.

(4) Req. 21 fév. 1862. D. 62. 1. 185. aff. Caumont C. Drouart Arrêt de rejet à l'encontre d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris du 27 avril 1861, confirm. jug. du Trib. Com. Seine, du 21 mars 1861. Civ. Rej., 21 juillet 1891. S. 91. 1. 377, Req., 7 juillet 1898. S. 98 1. 520.

(5) Cass., 4 fév. 1901. *Pand. Franc.* 1902. 1. 448. Arrêt de rejet contre

ges-intérêts, l'acheteur doit justifier d'un préjudice (1). Remarquons que la fermeture du fonds pourrait être ordonnée non seulement s'il existe une clause d'interdiction, mais même si cette interdiction résulte du droit commun, ou de circonstances constituant des présomptions suffisantes pour que l'acquéreur puisse l'invoquer à l'encontre de son vendeur. Ainsi l'engagement pris par le vendeur de prêter son concours à son acheteur pendant un certain délai, et de visiter avec lui sa clientèle, équivaut à l'interdiction d'exercer le même commerce dans les mêmes lieux et de visiter la clientèle pour son propre compte (2). De même, à raison de la spécialité de l'industrie du vendeur, et de la notoriété de son nom commercial, la vente de son industrie emporte de plein droit l'interdiction d'exercer une industrie similaire. La concurrence du vendeur serait en l'espèce ruineuse et détruirait le fonds de l'acquéreur (3). Dans ces hypothèses, quoique l'interdiction de se rétablir, soit tacite et résulte implicitement du contrat, le vendeur ne peut ouvrir un fonds de commerce coucurrent, sans se voir exposé à la fermeture de l'établissement ainsi créé au mépris de son obligation tacite.

Mais l'acquéreur ne pourra demander la fermeture du fonds concurrent appartenant à son vendeur ; quand il a tacitement, mais néanmoins formellement consenti à ce que ce dernier ne fut soumis à aucune garantie : ce qui peut facilement se présumer si lors de la vente, le vendeur exploitait dans deux endroits différents, dans la même ville, deux éta-

un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Alger le 2 mai 1898. — Cass., 4 nov. 1892. D. 1893. 1. 33.

(1) Marseille Trib. com. 1er mars 1886. *Rec. Marseille* 1886. 1. 116. Ce jugement tranche une question très importante. Le jugement qui a débouté l'acheteur, se basant sur la non justification du préjudice, ne forme pas chose jugée sur la demande formée postérieurement entre les mêmes parties et tendant à faire ordonner la fermeture du fonds ouvert en contravention.

(2) Rennes, 27 avril 1891. Confirmant jug. Trib. com. Morlaix, du 21 nov. 1890. *Rec. Nantes* 1892. 1. 209.

(3) Trib. com. Bordeaux, 24 juillet 1911. *Gaz. Palais* 1911. 2. Ce Jug. vise un vendeur d'une industrie de transport, qui a cédé son usine, ses brevets, sa firme commerciale et sa marque.

blissements similaires, et si la vente n'ayant porté que sur l'un des deux, le vendeur a continué l'exploitation du fonds conservé, sans que l'acquéreur élève des protestations contre cette continuation d'exploitation (1).

Le juge n'est pas tenu de prononcer la fermeture : il peut se contenter d'allouer au demandeur des dommages-intérêts et de faire défense au vendeur de continuer à donner son concours à un concurrent. Il basera sa décision d'après les circonstances de la cause. Il y a lieu de substituer à la mesure de la fermeture celle des dommages-intérêts, quand une longue période de temps s'est écoulée depuis la vente jusqu'au rétablissement du vendeur (2). Si ce dernier ne s'est pas, à proprement parler, rétabli en créant un fonds nouveau, mais s'est borné à prendre la suite d'un fonds déjà créé, et si le fonds au profit duquel a été stipulée la clause d'interdiction a été l'objet d'un certain nombre de ventes successives : cette dernière solution est à critiquer, car la clause d'interdiction peut être invoquée par le détenteur actuel du fonds, qui jouit même du bénéfice de l'action directe contre le vendeur primitif.

Les conséquences rigoureuses de la clause ne se sont donc ni atténuées, ni effacées par les ventes successives, et la sanction devrait garder son caractère impérieux. L'allocation des dommages-intérêts s'imposera encore, si le fonds vendu et le fonds établi en concurrence ne sont pas les seuls exerçant le même commerce dans le quartier (3). Décision singulière ! car il est facile cependant de comprendre que le fonds

(1) Trib. Com. Saint-Etienne, 10 août 1899. *Mon. Jud. Lyon*, du 24 août 1899. « Il y a là, dit le jugement, un ensemble de circonstances constituant les présomptions, graves, précises et concordantes de l'art. 1353 du C. civ. »

(2) Trib. Com. Saint-Etienne, 13 juillet 1899. *Gaz. Pal.* 1899. 2. 203. En ce sens : Paris, 20 avril 1880. *Ann. Prop. Ind.* 1881. 123. Le vendeur a acheté un établissement déjà existant.

(3) Trib. Com. Nantes, 7 décembre 1907. *Rec. Nantes* 1908. 1. 204. Ce jugement cite même les motifs du jugement de Saint-Etienne du 13 juillet 1899. — Com. Saint-Etienne, 18 mars 1903. *La Loi*, 8 avril 1903.

ainsi créé par le vendeur viendra encore émietter la clientèle suffisamment déjà divisée. Mais, la fermeture ne s'impose plus avec la même rigueur, quand le vendeur n'a violé ses obligations que sur un point accessoire, ou quand il n'a contrevenu à la clause d'interdiction que par quelques faits de concurrence isolés, insuffisants pour faire prononcer la fermeture (1). Dans toutes ces hypothèses, le vendeur bénéficie d'une situation de faveur et l'indemnité constituera une réparation suffisante du préjudice causé à l'acquéreur.

La fermeture du fonds, l'allocation de dommages-intérêts, telles sont les sanctions ordinaires de l'interdiction de se rétablir : ces mesures, comme nous l'avons vu, fonctionnent séparément, mais le plus souvent cumulativement, c'est une simple faculté pour le juge, qui peut les prononcer l'une et l'autre à la fois. Quand il prononce une condamnation pécunière, il s'en tient ordinairement là, mais quand il ordonne la fermeture, il peut en outre, condamner le vendeur à des dommages-intérêts, à raison du préjudice causé au cessionnaire par le rétablissement illicite (2).

Mais, en pratique, ces sanctions ne sont pas les seules, ce qu'il faut surtout, c'est aviser la clientèle de ne plus se fournir chez le vendeur ; il est nécessaire d'ordonner des mesures de publicité : elles se rencontrent quelquefois. Le juge peut prescrire l'affichage de la décision à intervenir (3). Il peut également autoriser l'acquéreur à publier dans les journaux de la localité, l'extrait du jugement, quelquefois même à le faire reproduire en un certain nombre d'exemplaires, aux frais du vendeur et à l'envoyer à sa clientèle sous forme de circulaires : ce serait la sanction la plus efficace (4). Il convient d'ajouter que l'acquéreur peut se borner à invoquer

(1) Paris, 13 mai 1872. *J. Trib. Com.*, t. XXI, p. 441. (Vendeur d'un fonds de marchand de vins, ayant installé une épicerie dans laquelle il vendait du vin.) — Cass., 26 mai 1868. D. 69. 1. 365.

(2) Req., 21 février 1862. D. 62. 1. 185.

(3) Lyon, 23 juillet 1900. *Mon. Jud. Lyon*, 15 juin 1901.

(4) Trib. Com. Nantes, 15 avril 1903 *Rec. Nantes* 1903. 1, 345.

l'article 1184 du Code Civil, et solliciter la résolution de la vente pour inexécution des conditions (1).

Nous avons vu (2e partie, Chapitre III, section II, page 110), que le vendeur violait la clause d'interdiction quand il se rétablissait sous un prête-nom. La sanction doit donc être la même que pour le rétablissement direct, le tribunal pourra donc ordonner la fermeture de l'établissement, condamner en outre le prête-nom à des dommages-intérêts solidairement avec le vendeur qui s'est indûment rétabli (2). D'autre part, nous avons examiné (2e partie, page 116), la situation du vendeur qui prêtait son concours à une maison concurrente, et nous avons décidé qu'il y avait encore dans cette hypothèse infraction à la clause, tout en indiquant que le tiers ne pouvait être recherché s'il ignorait la convention du vendeur et de son acheteur.

Le concurrent ne peut certainement pas être condamné à la fermeture de son fonds (3). Mais peut-il encourir des dommages-intérêts, s'il connaît l'interdiction ? Incontestablement, quoiqu'il ait été jugé qu'il ne pouvait subir aucune condamnation parce qu'il s'agit d'un contrat qui ne peut avoir effet qu'entre les parties contractantes (4) ; nous nous sommes suffisamment expliqué sur ce point (dans notre première partie, chapitre I) ; et nous avons indiqué le fondement même de la responsabilité du tiers et la raison d'être de sa condamnation ; notre tâche est donc simplifiée, et nous rappellerons simplement qu'il y a là l'application de l'art. 1382 (5) : le tiers concurrent qui emploie le vendeur, connaissant l'interdiction qu'il s'est imposée, et en a profité se rend coupa-

(1) Rennes, 3 décembre 1896. *Rec. Nantes* 1897. 177.

(2) Lyon, 22 nov. 1893. *Mon. Jud. Lyon*, 5 mai 1894. La plupart des décisions citées à la page 110 sous les notes 2 et 3 admettent ces sanctions à l'égard du prête-nom.

(3) Amiens, 26 nov. 1887. *Journ. Aud. Amiens* 1890, p. 179. « Ce jugement indique qu'il n'y a vis à vis du tiers aucun lien de droit qui permette d'obtenir la fermeture ».

(4) Rouen, 8 fév. 1893. *Rec. Rouen* 1893. 1. 51.

(5) Paris, 21 décembre 1892. (Voir 1re partie, page 24, note 2.) *Gaz. Pal.*, table 1892. 1897. Vo vente communale no 77.

ble d'un véritable quasi-délit, qui autorise ceux qui en ont été victimes à poursuivre leur condamnation solidaire.

Section II. — *Existence d'une clause pénale.* — Très souvent les parties prévoyant le cas où l'une d'elles n'exécuterait pas son obligation, fixent elles-mêmes, et d'avance le montant de l'indemnité qui devra être payée. Cette convention ayant pour objet une somme forfaitaire est la clause pénale. L'acte de vente d'un fonds de commerce peut la contenir pour le cas où le vendeur contreviendrait à l'engagement de ne pas se rétablir, et la clause ainsi insérée sanctionne l'obligation particulière du vendeur. Elle évite de plus toute difficulté sur le montant de l'indemnité qui pourra être due, en la limitant. Mais elle n'enlève pas, au juge, le pouvoir d'examiner si le préjudice a été réellement occasionné (1), et quoique le contrat de vente ne précise que l'allocation des dommages-intérêts en cas de violation par le vendeur de son engagement de ne pas se rétablir, les juges peuvent néanmoins le condamner, en outre des dommages-intérêts, à fermer son établissement dans un délai déterminé sous une astreinte par chaque jour de retard (2). Cependant il a été jugé que lorsqu'une clause pénale a été stipulée, l'acheteur du fonds n'a pas à justifier d'un préjudice « la clause pénale est un forfait de dommages-intérêts, elle est donc due par le seul fait de l'infraction » (3). Quoiqu'il en soit, il est évident que quand la violation de l'obligation du vendeur n'est que partielle, les tribunaux ont le pouvoir de n'appliquer la clause pénale que partiellement, et en proportion de la gravité du détournement de clientèle effectué (4).

(1) Marseille Trib. Com. 13 janvier 1886. *Rec. Marseille* 1886. 1. 91.

(2) Lyon, 6 avril 1892. *La Loi* du 15 sept. 1892. S. 93. 2. 219.

(3) Grenoble, 12 avril 1889. *Rec. Grenoble* 1889. 1. 193. — Cour de Nîmes, 7 juin 1905. *Ann. Prop. Industrielle*, 1906. 1. 10. « Le co-contractant n'est pas tenu de justifier d'aucune perte ».

(4) Marseille, 28 août 188. *Rec. Marseille* 1889. 1. 16. « Dans un fonds de débit de tabac et liqueur, le débit de tabac est le principal et le débit de liqueur une annexe. Aussi si le vendeur a ouvert un débit de liqueur, il doit être réputé n'avoir violé son obligation que sur un point accessoire ».

L'acheteur du fonds de commerce, au profit duquel une clause pénale a été stipulée, peut avoir laissé passer plusieurs années sans se plaindre après avoir su que son vendeur s'était rétabli dans le même commerce. Malgré son silence, il ne perd pas son droit à réclamer des dommages-intérêts prévus par la clause pénale (1). C'est l'application pure et simple du principe que la renonciation à un droit ne peut résulter d'une tolérance momentanée.

Il se peut que le vendeur, sans se rétablir, en manifeste simplement l'intention, encourt-il l'application de la clause pénale ? Il faut distinguer suivant la gravité des actes qui contiennent en quelque sorte l'expression de l'intention du vendeur et la manifestent : il peut avoir annoncé à son acquéreur qu'il compte se rétablir, cette simple manifestation de volonté qui peut très bien ne pas être suivie d'exécution ne peut autoriser l'acquéreur à exercer des poursuites. Mais, s'il annonçait cette intention à la clientèle de son acquéreur par des circulaires, il y a là un préjudice actuel, et l'acquéreur serait en droit d'en demander réparation immédiate. L'annonce du rétablissement n'est pas un danger futur, il peut avoir arrêté, suspendu tout au moins momentanément la bonne marche de l'entreprise cédée, et ce sont là des circonstances suffisantes pour faire encourir au vendeur l'application de la clause pénale, et nous devons repousser énergiquement une distinction qui a été faite, et d'après laquelle, peu importe que le vendeur ait annoncé son intention de se rétablir au public, à son ancienne clientèle, il faut seulement voir si le vendeur a persisté dans son intention, et l'exonérer s'il n'a pas réalisé son projet ou y a même renoncé (2).

(1) Paris, 9 février 1894. *Gaz. Pal.* tables 1892. 1897. V° Vente, n° 84.

(2) Marseille, 13 janv. 1886. *Rec. Marseille* 1886 .1. 91. Cette décision, que nous repoussons, comme contraire aux intérêts des acheteurs, indique que le juge peut, en constatant que le vendeur n'a pas réalisé son projet, déclarer qu'en fait il n'a pas encouru l'application de la clause pénale. La décision est d'autant plus à critiquer qu'on l'espère, le vendeur avait annoncé l'ouverture d'un établissement dans le rayon prohibé.

Le vendeur se rétablissant encourt donc l'application de la clause pénale. Quel sera l'effet du paiement effectué ? Il ne recouvre pas sa liberté. Ce serait bien facile, pour le vendeur d'obtenir à ce prix, le droit de se rétablir « la clause « pénale est l'équivalent du dommage causé par l'infraction « mais il ne la légitime pas ; est-ce que celui qui, ayant com- « mis une contravention, est condamné à l'amende, acquiert « le droit de la commettre impunément ? » (1) ces raisons nous paraissent décisives et convaincantes.

Nous avons réservé pour la fin de cette section, une question fort délicate, mais qui ne présente qu'une importance théorique. Nous avons vu (*supra* page 163), qu'en outre des dommages-intérêts prévus par la clause pénale, le juge peut ordonner la fermeture du fonds. Or, aux termes de l'art. 1229 du Code Civil « le créancier ne peut demander en même temps le principal et la peine ». L'indemnité pécuniaire est la compensation du dommage éprouvé par l'acquéreur, par suite de l'inexécution de l'obligation. Il est donc évident que cette indemnité ne peut jamais se cumuler avec l'exécution effective ; la fermeture du fonds (2).

Comment résoudre la difficulté ? Remarquons tout d'abord que l'acquéreur peut renoncer au bénéfice de la clause pénale et s'en tenir simplement à l'exécution effective, c'est son droit (3). Cette hypothèse envisagée, nous ferons une distinction : ou bien, dans la clause pénale stipulée par les parties il s'agit d'une somme considérable, ou tout au moins très forte ; elle représente donc la réparation complète non seulement du préjudice actuel, mais du préjudice futur oc-

(1) Pouillet. loc. cit. « Marques », n° 607.

(2) Voir la discussion fort intéressante de M. Léon Lacour, sur cette question du cumul au Dalloz 1907. 2. 321. Note sous Nancy, 14 nov. 1905.

(3) En ce sens : M. Léon Lacour. — En sens contraire : Planiol : Traité Droit Civil tome II, page 92, n° 259. « La possibilité d'obtenir une indemnité à la place de la chose due ne rend pas l'obligation *alternative* au choix du créancier, et celui-ci ne peut pas demander à son gré ou la prestation en nature ou de l'argent. »

casionné par la création d'un établissement concurrent (1). Comme le dit très bien M.Léon Lacour « cette somme est,pour ainsi dire, la rançon « grâce à laquelle le débiteur recouvre « le droit de se livrer au commerce avec la liberté la plus « absolue » (2) ; l'acquéreur ne peut donc demander la fermeture du fonds en plus des dommages-intérêts — ou bien, le montant de la clause pénale est peu élevé. Elle sera due par cela seul que le vendeur aura enfreint son engagement en créant une maison rivale. Mais cette clause peu forte, n'indemnisera l'acquéreur que du préjudice momentanément souffert. Il y a le préjudice éventuel, réalisable si l'on peut dire, et qui résultera de la concurrence s'exerçant indéfiniment. Celui-là, la clause pénable ne le prévoit pas, ne le contient pas, et il appartient donc au créancier, c'est-à-dire à l'acquéreur de faire cesser la concurrence illicite, en demandant la fermeture du fonds. En agissant ainsi, il n'outrepasse pas ses droits,et on ne peut lui objecter qu'il cumule contrairement à l'art. 1229 du Code Civil ; le principal et la peine.

(1) Nancy, 14 nov. 1905, arrêt précité en l'espèce, la clause pénale était excessivement élevée.

(2) Note au Dalloz, 1907. 2. 321. Pour M. Léon Lacour. Les dispositions de la loi en cette matière sont purement interprétatives de la volonté des parties et les juges pourraient à bon droit les écarter, s'il leur paraissait, en fait, qu'elles ne sont pas toujours conformes à la véritable intention des contractants.

CHAPITRE IX

Hypothèse du vendeur autorisé à se rétablir.

SECTION I. — *Actes autorisés, actes interdits au vendeur.* — Quand la clause d'interdiction de se rétablir est absolue, quant au lieu, elle doit être nécessairement limitée au point de vue de la durée ; c'est, du reste, une condition indispensable pour sa validité. Il viendra donc un moment, où le vendeur recouvrera sa liberté, le délai convenu étant expiré. Mais à ce principe il faut apporter une remarquable restriction ; la liberté qu'il recouvre, ne saurait aller jusqu'à lui permettre d'exploiter un magasin nouveau tout près de l'ancien qu'il avait cédé, ni de s'adresser par des circulaires à son ancienne clientèle (1). Les tribunaux ont le droit de prescrire à cet égard les mesures qui leur paraissent nécessaires pour que l'exercice du droit appartenant au vendeur ne constitue pas une reprise de la chose vendue.

Mais de même que l'acte de vente peut porter interdiction pour le vendeur de se rétablir, ce dernier peut s'être réservé la faculté d'exercer un commerce similaire : cette clause est susceptible d'éviter autant que possible les difficultés. Mais elle ne les supprime (2). Nous trouvons ici deux principes qui se contrebalancent et parfois viennent nettement en opposition : La protection de l'entreprise ancienne appartenant à

(1) Marseille, Trib. Com. Ruffié, c. Spontoni. *Rec. Marseille* 1886. 1. 53. Ce jugement indique « que la clientèle ayant été cédée, le vendeur est tenu à en laisser jouir paisiblement le cessionnaire ». « Le droit de prendre une nouvelle pharmacie doit se concilier avec son obligation de ne pas chercher à reprendre l'ancienne clientèle ».

(2) Voir : Pouillet « Marques », n° 556, page 658. — Lèbre : Traité des fonds de commerce, n° 81.

l'acquéreur ; et l'expansion de l'entreprise nouvelle du vendeur, car s'il s'est réservé le droit de se rétablir, il ne faut pas sous prétexte de garantir son acquéreur,apporter une entrave à son activité commerciale, et empêcher la prospérité de son commerce : ce sont les idées qui vont nous servir de guide dans ce chapitre, et nous verrons bien souvent que ce n'est pas chose facile de délimiter leur sphère d'application.

Mais, de même que le cahier des charges de l'adjudication d'un fonds de commerce, peut fixer les conditions de l'interdiction de se rétablir pour l'époux non adjudicataire, et cette question a déjà été étudiée, il peut y être stipulé que l'époux non adjudicataire pourrait créer dans la même ville un autre établissement commercial de même nature. Dans cette hypothèse, cet époux peut former un nouvel établissement, mais il ne peut user du droit qui lui a été concédé, qu'à la condition de différencier son établissement de celui de son ex-conjoint : il ne pourra donc prendre une enseigne semblable à celle du fonds adjugé à ce dernier (1) — en cette nature, du reste, les tribunaux possèdent un large pouvoir d'appréciation, et ils n'hésitent pas à décider que, lorsque le fonds de commerce, dépendant de la communauté dissoute entre les époux par le divorce, constitue pour les conjoints leur unique moyen d'existence, et alors qu'ils ne connaissent que ce commerce, on ne peut pas leur imposer l'interdiction de se rétablir (2). Dans cette hypothèse, il y a eu en quelque sorte, à la suite des circonstances, une autorisation tacite à se rétablir. Peut être cette décision est-elle inspirée par des motifs d'humanité !

Quoiqu'il en soit, le vendeur est donc autorisé à créer une maison similaire. Mais il doit s'abstenir de tout acte qui constituerait, même à l'égard d'un autre commerçant des actes de

(1) Caen, 13 décembre 1853. S. 54. 2. 398. — Aix, 22 mai 1829. S. 1829. 2. 269. « Le mari ne peut prendre une enseigne semblable à celle du fonds adjugé à sa femme. »

(2) Trib. Civ. Seine 1er février 1898. *Le Droit*, 27 juillet 1898. « Un fonds de commerce dépendant d'une communauté dissoute par le divorce, constituant l'unique moyen d'existence des époux. »

concurrence déloyale « il ne doit pas employer des moyens que la loyauté réprouve : ce serait, par exemple, une manœuvre déloyale que de s'adresser à son ancienne clientèle, dont la vente a eu précisément pour but d'assurer la transmission à son successeur » (1). Il peut certainement servir les clients, même anciens, qui se présentent spontanément chez lui, surtout quand ils prennent eux-même livraison des marchandises qu'ils ont commandées (2), mais il doit s'abstenir de faire porter des marchandises à ses anciens clients (3).

La garantie que doit le vendeur, autorisé à se rétablir, est très étendue, mais elle se rattache à cette idée générale et fondamentale : « ne pas détourner la clientèle du fonds vendu ». C'est en vertu de cette idée, qu'il ne peut employer des imprimés commerciaux qui seraient de nature à rattacher son nouveau fonds à celui de son acquéreur (4), ni aviser sa clientèle, par voies de circulaires, que « ses magasins sont transférés à telle adresse, où les commandes devront être suivies comme par le passé » (5), surtout si ces circulaires rappelent par leur couleurs et leurs dispositions celles de l'ancienne maison (6). En un mot, ce qui est formellement défendu au vendeur, c'est de tenter de détourner la clientèle et de l'attirer à lui par des procédés empreints de mauvaise foi (7). En cette matière, les tribunaux se montrent excessivement sévères, et ils atteignent la mauvaise foi sous

(1) Pouillet, « Marques », n° 611, page 718, loc. cit.

(2) Lyon, 2 juillet 1892, *La Loi*, 20 oct. 1892.

(3) Amiens, 15 juin 1895. *Rec. Amiens* 1895. 234. — Douai, 20 janv. 1902. *Gaz. Pal.* 1902. 1. 432.

(4) Trib. Com. Seine, 24 mars 1906. *La Loi*, 6 mars 1907.

(5) Trib Com. Lyon, 7 décembre 1900. *Gaz. Com. Lyon*, 30 mars 1901.

(6) Paris, 21 nov. 1893. D. 94. 2. 93. — Jugé encore que s'il s'était réservé le droit d'exploiter un commerce similaire dans une rue voisine, il ne pourrait pas ouvrir une porte d'accès sur la rue dans laquelle se trouve le fonds vendu. — Paris, 15 janvier 1872. *J. Trib. Com.* 1872. 115.

(7) Trib. civ. Seine, 2 juillet 1903. *La Loi* du 5 août 1903, pour le vendeur autorisé à créer de nouveaux hôtels. — Nancy, 28 février 1903. *Monit. de Lyon*, 9 juillet 1903. Le vendeur peut soumissionner

toutes ses formes ; et il est à considérer qu'ils apprécient dans l'intérêt de l'acquéreur. Pour eux, constituent des faits de concurrence déloyale, le fait d'envoyer des représentants auprès de l'ancienne clientèle de refuser de donner les livres de commerce, pour gêner la fabrication de l'exploitation du fonds cédé. « Ils constituent une série de documents qu'il importait à l'acquéreur d'avoir à sa disposition pour le renseigner sur les relations de la maison de commerce et sur les diverses conditions de son fonctionnement », de vendre, aux anciens clients qu'il veut s'attacher, à un rabais tel que la concurrence devient impossible à soutenir (1).

Ces faits sont caractérisés par l'intention arrêté de nuire à l'acquéreur dans son exploitation commerciale, ce sont les moyens en quelque sorte directs employés par le vendeur pour détourner à son profit la clientèle. Mais les tribunaux,

dans des adjudications ouvertes par une compagnie de chemin de fer, quand il n'a été adjudicataire que par le tarif proposé et non par ses démarches.

Trib. Com. Seine, 27 oct, 1900. *La Loi*, 9 février 1907, pour la vente d'un fonds de photographie comprenant la clientèle, les clichés et le matériel, mais excluant l'usage du nom du cédant, le vendeur rétabli avait inscrit sur ses lettres et imprimés l'adresse du fonds cédé pour faire croire à la clientèle que les clichés vendus ont été transportés à la nouvelle adresse. Cette décision nous amène à dire quelques mots de la vente d'une maison de photographie. Les clichés ne font pas partie du matériel, ni des marchandises : Trib. Com. Nantes, 30 juin 1911. *Rec. Nantes* 1912. 1. 355. Ils constituent une dépendance du fonds lui-même : *Trib. Com. Marseille*, 7 février 1910. *Bul. des Sommaires* 1911. 2. 36.

(1) Cas., 4 nov. 1892. D. 93. 1. 33. Conf. Seine, 18 mars 1890. Cet arrêt offre des exemples très intéressants de faits de concurrence déloyale de la part du vendeur.

Pour certaines décisions la vente du fonds comprend la vente des livres, à l'exception du journal et du livre des inventaires, que tout commerçant est tenu de conserver pendant dix ans : Trib. Com. Nantes, 1er février 1902. *Rec. Nantes* 1902. 1. 435. Pour d'autres, l'acheteur n'aurait aucun droit sur les livres : Marseille, 2 mai 1884. *Rec. Maseille* 1884. 1. 202. « Il ne pourrait exiger que les documents servant à lui faire connaître les noms et adresses des clients », c'est une conséquence de l'acquisition de l'achalandage. Mais comme l'acheteur ne prend pas, vis-à-vis des tiers, le lieu et place de son vendeur, ce dernier reste tenu des dettes et bénéficie des créances, relatives à son exploitation ; il doit donc rester nanti des livres qui peuvent lui servir de titre ou de moyens de défense.

par une interprétation extensive, visent aussi les moyens indirects. Ainsi tombent sous la sanction de dommages-intérêts, tous les faits susceptibles d'empêcher l'acquéreur d'étendre ses affaires, de discréditer son établissement aux yeux du public, et de dénigrer la qualité de ses produits (1). Ainsi, si non contentent de se livrer à des sollicitations abusives, les voyageurs du vendeur, sortis de l'ancienne maison, se livrent, sur son instigation à des bruits calomnieux, le vendeur encourt des dommages-intérêts ; ses agissements peuvent, en effet, amener la ruine de l'établissement cédé (2). De plus, le vendeur doit remettre à son acquéreur les lettres missives, sauf bien entendu celles sur lesquelles figure « la mention personnelle ».

Constitue donc un fait délictueux, entraînant sa responsabilité, le fait de se faire remettre par la poste des lettres destinées à la maison de commerce vendue, et de se refuser à désigner, comme le lui proposait le successeur, un tiers chargé d'ouvrir la correspondance et de la remettre à qui elle appartient (3). « Le vendeur, sur ce point, avait le devoir d'assurer la continuité des opérations commerciales, sans autre réserve que d'y apporter la prudence qui doit présider à toute transmission. » C'est la conséquence de l'idée que l'acquéreur d'un fonds de commerce acquiert avec le fonds, la propriété du nom commercial de son prédécesseur, mais il faut que les envois postaux, ce terme général désignant toutes les lettres, télégrammes, cartes, mandats, imprimés, portent la mention du nom du prédécesseur, ou tout autre de

(1) Paris,5 janvier 1911. *Gaz. Pal.* 1911. 1. 329. — *Gaz. Trib.*,13 janv. 1911. — Ce jugement cite de nombreux exemples, certains d'entre eux sont identiques à ceux mentionnés par le jugement de la Seine du 18 mars 1890 (jugement précité à la note 1, page 170).

(2) Jugement du Trib. Civ. Seine, 18 mars 1890 (précité). Les voyageurs, en l'espèce, avaient indiqué que la maison avait été cédée à des successeurs insolvables, et ne vendant que des produits de qualité inférieure.

(3) Dans l'arrêt de Cass. 1892. D. 93. 1. 33, il est indiqué que le vendeur avait laissé sans réponses toutes les lettres adressées à la maison de commerce.

nature à indiquer clairement que ces envois sont destinés au fonds de commerce (1).

« Dans la cession de l'établissement et de la clientèle qui s'y trouvent attachée, sont comprises les commandes et les correspondance » (2). Nous n'envisageons pas ici l'hypothèse où des difficultés pourraient naître, au sujet des lettres, entre le vendeur autorisé à se rétablir et son acquéreur (Voir à la note 2 *bis* de cette page). Mais nous ne pouvons passer sous silence un arrêt de la cour de Paris, indiquant que la vente du fonds ne comprend pas l'adresse télégraphique, elle constituerait tout au plus un accessoire du fonds, quand elle est de pure fantaisie. Nous devons ajouter que cette décision curieuse, se justifie par les circonstances très particulières de la cause, de sorte que nous dirons qu'il n'est pas dérogé au droit commun dans des hypothèses normales (3).

(1) Trib. Com. Seine, 24 août 1900. *Gaz. Trib.*, 4 octobre 1900. *Rec. Havre* 1900. 2. 181.

En ce sens : Trib. Seine, 25 juillet 1891. *Le Droit* du 31 oct. 1891. « Pour l'acquéreur du fonds de commerce exploité par une société en nom collectif ». Il a le droit de recevoir les lettres portant l'adresse de la raison sociale qui lui appartient ».

En sens contraire : Amiens, 9 décembre 1882. Répertoire Analytique de jurisprudence et de législation, t. II, 1883, p. 94. « Le nom du destinataire, prime les titres et qualités dont ce nom est suivi ».

La Cour de Cassation considère qu'il appartient au juge du fait de décider souverainement quel est le destinataire : Req., 22 mai 1889. D. 1889. 1. 370. — 8 nov. 1892. S. 1893. 1. 248.

(2) Rousseau : Traité de la correspondance, par lettres missives et télégrammes, p. 115, note 2 *bis*. En cas de contestation sur le caractère des lettres adressées au vendeur, celui-ci peut soutenir qu'elles lui sont exclusivement personnelles. C'est aux tribunaux, juges du fait et appréciateurs des circonstances, qu'il appartient de trancher souverainement un pareil différend : en ce sens. Cass., 10 avril 1866. D. 66. 1. 342. On admet cependant, que le juge des référés, peut nommer un séquestre ou désigner le juge de paix pour décacheter les lettres : Amiens, 26 janvier 1869. D. 74. 5. 422.

(3) Cour de Paris 1899, 22 nov. *Ann. Prop. Ind.* 1901. 235. Ici,le vendeur s'était réservé le droit de continuer sous son nom, en particulier, le commerce d'importation de produits étrangers. Aussi, dit la Cour, quand l'adresse télégraphique est le nom patronymique lui-même du commerçant, et que ce dernier — c'était le cas — n'a pas cédé son fonds tout entier, c'est avec raison que le tribunal de commerce lui en a réservé l'emploi.

Ce ne sont pas seulement les actes de détournement de clientèle qui sont interdits au vendeur autorisé à se rétablir, mais aussi tout agissement dangereux, nuisible au fonds lui-même et à sa bonne marche. — Constitue donc un acte de concurrence déloyale, et à ce titre prohibé au vendeur, le fait de désorganiser la fabrication du successeur en lui enlevant une partie de son personnel (1). Sans doute, il n'y a pas ici des sollicitations, des offres de service vis-à-vis de l'ancienne clientèle, mais bien une atteinte portée à l'existence et au fonctionnement de l'entreprise cédée, tout aussi dangereuse que les pressions directes exercées sur la clientèle, il doit ne rien faire qui puisse diminuer « les avantages de la chose cédée ».

Le vendeur, autorisé à se rétablir, est donc responsable vis-à-vis de son acquéreur, de tous ces actes, que l'on ne peut définir d'une façon précise, et que l'on désigne sous le terme général de concurrence déloyale. Elle est manifestée par des manœuvres empreintes de mauvaise foi, et par des « agissements ayant pour but de porter atteinte au crédit, de détourner la clientèle ou les adhésions » (2). Il est certainement responsable de ces actes vis-à-vis d'un commerçant quelconque, mais vis-à-vis de son acquéreur, alors même qu'il s'est réservé le droit de se rétablir, sa responsabilité prend un caractère exceptionnel de gravité. Il lui a vendu, en effet, son établissement, et il ne peut reprendre ce dont il a reçu le prix. La clause autorisant le vendeur à se rétablir, présente quelquefois une variante : Il est dit dans l'acte de vente que le vendeur est autorisé à se rétablir « si l'acquéreur quitte les lieux loués ». Quel est donc le sens des termes employés ? Les juges du fonds sont souverains pour interpréter cette clause concédant au vendeur cette faculté. Il leur appartient de décider en s'appuyant sur les faits de la cause, que le vendeur pourra reprendre ses anciennes opérations commerciales le

(1) Jugement Cour de Paris, 5 janvier 1911 (précité).

(2) Trib. Civil. Seine,21 fév. 1903. *Gaz. Trib.* 13 mai 1903. (Synd. de garantie de l'Union Parisienne des Entrepreneurs ».

jour où l'acheteur cessera d'occuper les lieux loués, soit par suite de l'expiration du bail ou du refus d'une des parties de le proroger, soit pour toute autre cause (1). Le vendeur autorisé à se livrer au commerce, est de plus tenu d'une obligation très spéciale : Celle de ne rien faire qui puisse amener une confusion entre son ancien établissement et le nouveau. « Il doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher que la nouvelle maison qu'il fonde ne puisse être confondue avec celle qu'il a cédée, cela d'ailleurs, est d'une probité élémentaire » (2).

C'est en vertu de cette idée qu'il ne peut créer dans sa publicité une confusion entre sa fabrication et celle de son successeur (3). Le vendeur doit donc prendre toutes les précautions pour individualiser son établissement et le distinguer nettement aux yeux du public de celui de son acquéreur. Cette idée a son application, qui n'est pas dépourvue de difficultés ; en ce qui concerne l'enseigne et le nom commercial.

Section II. — *Le vendeur peut-il faire usage de l'enseigne ?*

Pour l'enseigne, nous avons vu (1re partie, section II, chapitre VI, page 55) qu'à moins de stipulation expresse, sa propriété passe à l'acquéreur du fonds ; il est autorisé à se servir de l'enseigne de son vendeur, car elle désigne pour la clientèle, le fonds de commerce lui-même, et s'identifie avec lui. Le vendeur ne peut donc ouvrir un magasin similaire sous l'enseigne dont il a cédé la propriété avec le fonds vendu, alors que cette dernière peut établir une confusion avec celle de son ancien établissement (4). D'une façon géné-

(1) Cass. req. 27 mars 1905. Sirey 1906. 1. 508 avec note. Dans l'espèce, les juges du fonds reconnaissent qu'il avait été vendu, non un fonds de commerce avec tous ses éléments, mais simplement le matériel du fonds, à l'exclusion de sa clientèle.

(2) Pouillet, « Marques ». Loc. cit., page 658, n° 556.

(3) Paris, 5 janv. 1911. *Gaz. Pal.* 1911. 1. 329 (précité).

(4) Lyon, 7 mars 1900. *Gaz. Com. Lyon*, 4 décembre 1900. En l'espèce, le vendeur avait annoncé au public son rétablissement sous l'enseigne cédée.

Trib. Com. Lyon, 8 fév. 1907. *Le Droit*, 25 mai 1907. Ici le vendeur avait encore annoncé son ouverture au public.

rale, il doit rédiger son enseigne et ses annonces de manière à ce qu'on puisse distinguer les deux maisons (1). Si donc le vendeur, qui a conservé la liberté de se rétablir, prend une enseigne à laquelle il n'a pas droit et susceptible de faire confusion, le tribunal doit ordonner la suppression de l'enseigne avec les mêmes sanctions usitées pour la fermeture de l'établissement ; et s'il fixe une astreinte, elle sera due par chaque jour de retard dans la suppression (2). Il en serait ainsi, alors même que l'enseigne consisterait dans le nom du vendeur (3). Cette idée nous sert de transition pour examiner la question de savoir si le vendeur, autorisé à se rétablir, peut créer un établissement sous son nom.

SECTION III — *Le vendeur peut-il se rétablir sous son nom ?*

Nous avons vu (première partie, section III, chap. VI,) que le nom, en tant que nom commercial se transmet de plein droit à l'acquéreur du fonds de commerce ; il peut donc en faire usage (4). Mais dans l'hypothèse où le vendeur est autorisé à se rétablir, comment vont se régler, en ce qui concerne, l'usage du nom, leurs situations respectives ? Nous voyons ici apparaître l'intervention de principes opposés : Le nom patronymique du négociant, fait partie intégrante du fonds de commerce, et en constitue un des éléments essentiels aussi, au cas ou ce commerçant vient à vendre son fonds dans son intégralité, le droit pour l'acquéreur de se servir de ce nom est compris dans la vente (5). Le vendeur est donc réputé, avoir entendu céder tous les moyens à l'aide desquels il est possible à l'acquéreur d'en retenir la clientèle. Il devait

(1) Aix, 22 mai 1829. Dalloz, 1829. 2. 168. — Caen, 13 décembre 1853. S. 54. 2. 398. D.54. 5. 613. — Trib. Com. Marseille, 16 janv. 1863. *Rec. Marseille* 1863. 1. 39.

(2) Paris, 9 mars 1891. *Gaz. Trib.*, 27 juin 1891. *La Loi*, 24 juillet, 1891.

(3) Paris, 9 nov. 1885. Sirey 1886. 2. 54. — Paris, Trib. Com. Seine, 22 avril 1899. *Ann. Prop. Ind.* 1902. 1. 134.

(4) Paris, 28 oct. 1909. *Journ. Trib. Com.* 1910, p. 451. « L'acquéreur d'un fonds a le droit de faire usage du nom de la maison qu'il a acquise.

(5) Trib. Com. Bordeaux, 24 juillet 1911. *Gaz. Pal.* 2. 260.

donc s'expliquer nettement, c'est l'application de l'art 1162 du Code Civil. « Dans le doute,la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Le vendeur, autorisé à se rétablir, ne devrait donc pas faire usage de son nom. Ce raisonnement serait excessif,c'est oublier que l'usage du nom,soit dans la vie civile, soit dans la vie commerciale, découle d'une propriété qui a toujours été considérée comme imprescriptible. Il faut autoriser le vendeur à se rétablir dans son nom, « mais il ne peut s'en servir pour exercer un commerce similaire qu'à la condition de ne pas créer une confusion entre la maison nouvelle créée par lui et celle qu'il a vendue antérieurement sous non nom » (1).

Nous avons ainsi concilié les principes qui nous paraissaient opposés : La propriété du nom est imprescriptible, on ne peut interdire à un individu de faire le commerce sous son nom, par la raison qu'on ne saurait lui imposer un nom autre que celui qui lui est propre. Mais vis-à-vis de la clientèle, le nom est identifié avec le fonds de commerce et il est pour l'acquéreur un moyen de la conserver et même de l'étendre. Sous ce rapport, le vendeur doit prendre toutes les mesures nécessaires pour différencier son nouvel établissement de l'ancien. A ce titre, le rétablissement sous son nom lui est permis, et doit lui être accordé. Comme le dit un arrêt qui résume toute la question. « Il n'est pas toujours permis de se servir de son nom patronymique dans l'exercice de son industrie, lorsque cet usage porte atteinte à des droits établis en faveur de tiers en possession légale du même nom comme raison sociale » (2). Le vendeur en principe conserve

(1) Trib. Com. Seine, 8 janv. 1908. *Gaz. Pal.* 1908. 1. 284. Ce jugement déclare que « l'usage du nom du cédant constitue bien un droit privatif, dont ce dernier ne peut demander ni le retrait, ni critiquer l'emploi. »

La Cour de Cassation, par l'arrêt Erard, 30 janv. 1878. S. 78. 1. 289, a consacré le droit à la propriété et à l'usage du nom.

(2) Lyon, 8 janv. 1881. S. 1883. 2. 80. En l'espèce, l'acte de vente réservait au fils le droit de continuer son propre commerce, à la

le droit de se rétablir sous son nom, mais il ne doit pas sous son nom, et à l'aide de son nom, dans le même commerce, faire une concurrence préjudiciable à son acheteur, et il en est ainsi *a fortiori*, quand le propriétaire du fonds vendu se réserve une ou plusieurs branches de son ancien commerce(1). C'est la solution que nous devons adopter, car elle seule est susceptible de concilier les intérêts des parties en présence : Ceux du vendeur tout d'abord, autorisé ainsi à faire usage de son nom dans l'intérêt même de la maison de commerce qu'il vient de fonder et ceux de l'acquéreur, ensuite, suffisamment protégé des atteintes de son vendeur, sur la clientèle — et cette solution s'imposerait même, dans le cas où le propriétaire d'un fonds de commerce en le cédant, s'était interdit formellement « d'attacher son nom à aucune entreprise similaire et concurrente » (2). Dans cette hypothèse, en effet, il ne peut s'abriter sous cette clause pour se livrer à une concurrence abusive vis-à-vis de son acquéreur, sous le prétexte qu'il ne ferait pas usage de son nom.

Il nous reste à préciser les pouvoirs des tribunaux dans cette matière.

Section IV .— *Pouvoirs des tribunaux.* — En présence d'un engagement formellement pris par le vendeur d'un fonds de commerce, leurs pouvoirs ne vont pas, et ne peuvent aller jusqu'à priver ce commerçant, par une interdiction absolue de la faculté de se servir de son nom dans les faits et actes de son commerce. Mais, quand le nom de ce commerçant s'identifie dans un lieu, au point de désigner le

seule condition de ne pas prendre le nom du père et de ne pas s'établir dans la même maison. Et la Cour dit : « Le fils ne peut avoir pris une dénomination commerciale pour créer une confusion déloyale, car il était en possession de cette désignation bien antérieurement à la vente du fonds paternel. »

(1) Cour de Paris, 22 nov. 1899. *Ann. Prop. Ind.* 1901. 235

(2) Pour M. Léon Lacour, note aux *Pand. Franc.* 1899. 1., page 242, sous cass., 9 février 1898. Il n'est pas nécessaire que cette interdiction soit spécialement stipulée ; elle doit être regardée comme découlant implicitement de la clause par laquelle le vendeur s'engage à ne pas reprendre une exploitation de cette nature.

fonds lui-même, ils peuvent dans cette hypothèse, imposer une interdiction en la limitant à ce lieu, « une pareille défense peut être considérée comme le seul moyen d'empêcher la continuation d'un commerce qui constituerait une rivalité abusive » (1). Nous ajouterons que c'est le seul procédé d'empêcher aussi la violation des principes de la garantie. — Mais, le plus souvent les tribunaux en cas de difficultés, ordonnent des mesures nécessaires pour rendre entre les deux maisons la confusion impossible. Parmi les mesures souvent prescrites, la mention de la date de fondation de la maison qui cherche à faire naître la confusion est une des plus fréquentes. On peut se demander si elle a toute l'efficacité qu'on lui prête : Au début, peut-être, car les faits sont récents, et elle permet de distinguer la nouvelle maison de l'ancienne. Mais, peu à peu, les souvenirs s'effacent, et l'inverse se produit. Dès lors, c'est la nouvelle maison qui semble déjà ancienne, et les mesures prescrites sont dénuées d'effet utile. Quoiqu'il en soit, il appartient aux tribunaux d'examiner dans chaque espèce si la confusion entre l'ancien fonds de commerce et le nouveau existe réellement, et dans l'affirmative ils ne doivent pas hésiter à prendre les mesures pour faire cesser un état de choses contraire au droit de l'acquéreur, et ils peuvent enjoindre au cédant la défense de continuer à faire un usage déloyal de son nom (2).

(1) Cass., 21 juillet 1891. S. 91. 3. 377 au Sirey 1874. 1. 197. — Note de MM. Lyon-Caen et Renault. « Il s'agissait d'une agence d'affaires, et la clientèle était disséminée dans la ville de Paris et à l'étranger, » D. 93. 1. 123, et le texte, *Journal du Palais* 1891, p. 942.— Lyon, 8 janv. 1881. S. 1883. 2. 80.

(2) Cass., 9 févr. 1898 (précité). *Pand. Franc.* 1899. 1 241. — Pour M. Léon Lacour, note aux *Pand. Franc.*La conclusion que nous adop. tons, et qui est la sienne, du reste, n'est qu'une applicatin très exacte de l'art. 1143 C. civ. en matière d'obligations de ne pas faire. Le créancier a, en effet, le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit.Il ajoute que la solution serait justifiée « même dans le cas où l'acte de cession ne renfermerait aucune clause relative à l'exercice d'un nouveau commerce par le cédant, et où celui-ci contreviendrait à l'obligation de garantie qui, en vertu de la vente elle-même lui est toujours imposée. »

CONCLUSION

Nous avons ainsi achevé l'étude de « la garantie dans les ventes de fonds de commerce ». A la fin de notre ouvrage, nous sommes à même de reconnaître le caractère général que présente l'obligation de garantie du vendeur ; ne rien faire qui puisse détourner la clientèle du fonds transmis » ; tous les efforts des tribunaux tendent à protéger l'acquéreur contre toute emprise du vendeur sur la clientèle.

Ce souci est légitime, car quoique la nature juridique du fonds de commerce soit encore imprécise, il n'en est pas moins vrai que l'on a de nos jours, une tendance de plus en plus grande, à voir en lui un ensemble de valeurs groupées autour de la clientèle, élément primordial, en vue de la réalisation d'un but unique : l'entreprise commerciale. Tous les éléments qui entrent dans sa composition ne sont que les moyens d'arriver à ce but, ils se groupent tous autour de la clientèle et en constituent les facteurs et les auxiliaires puissants. Dans cette délicate matière de la garantie, les tribunaux sont placés entre deux principes également dignes d'intérêts : L'un, celui de la liberté du commerce et de l'industrie, qui leur commande de permettre au vendeur de développer son activité commerciale, et de ne pas le paralyser dans la création d'un nouvel établissement industriel ; l'autre, celui de la protection de l'entreprise cédée, qui leur dicte les mesures nécessaires en présence des actes abusifs du vendeur et leur inspire ces décisions toujours imprégnées de cet esprit soucieux de réprimer la concurrence déloyale et la mauvaise foi. Mais la plupart du

temps, la conciliation de ces deux principes n'est pas chose facile, et les tribunaux en sont réduits à interpréter la convention des parties afin de rechercher leur intention probable et d'en dégager leur volonté présumée. C'est une tâche ingrate et qui n'est pas exempte de difficultés, elle n'est pas non plus dépourvue de périls pour ceux qui sont contraints de subir une pareille méthode. De là, l'incertitude, le flottement de la jurisprudence. Les décisions hésitantes des tribunaux, quelquefois contradictoires dans la même question, sont des preuves surabondantes de l'insuffisance de nos lois. Ils ont été contraints d'appliquer à une matière pour laquelle elles n'ont pas été conçues, les règles générales de notre droit sur la garantie. L'adaptation ainsi faite devait avoir nécessairement des conséquences fâcheuses.

Une réglementation s'impose donc : Elle serait nécessaire pour préciser, définir et délimiter les obligations réciproques des parties dans les ventes de fonds de commerce, plus particulièrement, l'obligation de garantie du vendeur. La réforme ainsi effectuée, serait le moyen le plus sûr de réprimer la concurrence frauduleuse des vendeurs qui s'ingénient par mille moyens à reprendre la clientèle qu'ils ont transmise à leurs acheteurs. Elle éviterait les procès, et par ce côté elle réaliserait une œuvre de justice et de prévoyance.

Vu : *le Doyen*,
G. BRY.

Vu : le 1er octobre 1913,
le Président de la Commission,
Georges RIPERT.

Vu et permis d'imprimer :
Aix, 4 octobre 1913,
Le Recteur de l'Université,
J. PAYOT

TABLE DES MATIÈRES

INDEX-BIBLIOGRAPHIQUE 7

PRÉFACE-INTRODUCTION : Multiplicité actuelle des ventes de fonds de commerce. Ses causes économiques et sociales. Position du problème de la garantie. Son importance dans les ventes de fonds 9

PREMIERE PARTIE

LA GARANTIE DE DROIT

CHAPITRE I. — *Objets de l'obligation de garantie du vendeur* 13

Section I. — Caractères particuliers de cette obligation dans les ventes de fonds de commerce 13

Section II. — L'interdiction de se rétablir résulte-t-elle nécessairement de la vente du fonds ?

1er système : Le vendeur peut se rétablir, en l'absence de clause formelle d'interdiction ; atténuations apportées à ce système 15

2e système : Le vendeur ne peut se rétablir ; critiques et discussion 17

3e système mixte : Le vendeur peut se rétablir, sous certaines conditions ; éléments d'appréciation des tribunaux 18

CHAPITRE II. — *Conséquences de l'obligation légale de garantie* 25

Section I. — Garantie du fait personnel. Ses diverses applications 25

Cas où le vendeur est propriétaire d'un immeuble .. 27

Section II. — La vente après faillite comporte-t-elle l'interdiction pour le failli de se rétablir ? 29

Section III. — Sanction de l'obligation légale du failli. .. 31

Section IV. — Détermination exacte de l'obligation légale du vendeur de ne pas fonder de commerce similaire. Sa portée et ses limites 32

CHAPITRE III. — *Vente d'une usine. Particularités de l'obligation légale de garantie de son vendeur* 35

CHAPITRE IV. — *De la garantie d'éviction* 37
Section I. — Définition. — Distinction du trouble de droit et du trouble de fait 37
Section II. — Existence d'un nantissement sur le fonds ; diverses hypothèses :
1re hypothèse : Le fonds a été déclaré libre de tout nantissement 37
2e hypothèse : Le fonds n'a pas été vendu comme franc de toute inscription. Comparaison nécessaire avec la situation hypothécaire 38
3e hypothèse : Les inscriptions n'ont pas été déclarées par le vendeur 42
Section III. — Garantie du droit au bail. Importance du droit au bail. Commerce de gros, commerce de détail. 42
Section IV. — Situation respective des parties 44
1° Il n'existe dans le bail aucune clause subordonnant la cession du droit au bail au consentement du propriétaire 44
Section V. — Le bail contient une clause d'interdiction, ou bien la cession n'est possible qu'avec le consentement du propriétaire 47
CHAPITRE V. — *Ventes de fonds de commerce subordonnées à certaines conditions* 51
CHAPITRE VI. — *Garantie légale s'appliquant aux divers éléments du fonds* 54
Section I. — Garantie du matériel et des marchandises. 54
Section II. — Garantie de l'enseigne 55
Section III. — Garantie du nom commercial 57
Section IV. — Garantie des brevets d'invention et des marques de fabrique 60
CHAPITRE VII. — *Evictions dont le vendeur n'est pas garant.* 63
Section I. — Faits personnels et fautes de l'acheteur 63
Section II. — Force majeure. Cas fortuit. Fait du prince. 64
Section III. — Difficultés relatives aux hôtels meublés 67
CHAPITRE VIII. — *Garantie des Vices* 70
CHAPITRE IX. — *De l'exagération des bénéfices* 80
Section I. — Application de la théorie des vices rédhibitoires. Critique. Il faudrait adopter la théorie de l'erreur sur la substance de la chose 82
Section II. — Application des principes du dol 83

DEUXIEME PARTIE

LA GARANTIE DE FAIT

CHAPITRE I. — *La Clause d'interdiction de se rétablir* 87
Section I. — Utilité de la clause 88
Section II. — Conditions de validité de l'interdiction conventionnelle de se rétablir. — La clause d'interdiction en cas de licitation d'un fonds 90
Section III. — Pouvoirs des tribunaux en présence d'une interdiction absolue 95
Section IV. — Conséquences de l'annulation de la clause. 97

CHAPITRE II. — *Hypothèses diverses où la clause d'interdiction conserve son effet* 101
Section I. — Faillite de l'acheteur. — Pouvoirs du syndic pour insérer la clause 101
Section II. — Expropriation du fonds 103
Section III. — Revente du fonds. — La clause d'interdiction peut-elle être invoquée par l'acquéreur actuel contre le vendeur primitif 104

CHAPITRE III. — *Portée exacte de la clause* 109
Section I. — Préliminaires 109
Section II. — Actes interdits 110

CHAPITRE IV. — *Hypothèses diverses où la clause d'interdiction peut être invoquée* 121
Section I. — Le vendeur peut-il entrer dans une maison rivale comme employé ? 121
Section II. — Hypothèse du vendeur en même temps propriétaire 124
Section III. — Situations particulières créées à la femme par la clause d'interdiction 128

CHAPITRE V. — *Ce que l'on doit entendre par commerce similaire* 134
Section I. — Le commerce similaire 134
Section II. — Détermination du commerce de Gros et du commerce de détail 141

CHAPITRE VI. — *L'interdiction de se rétablir pèse-t-elle sur les héritiers du vendeur ?* 144
Section I. — Les héritiers du vendeur sont tenus comme le vendeur 144
Section II. — L'obligation de ne pas se rétablir, est essentiellement personnelle au vendeur 147

CHAPITRE VII. — *Calcul de la distance ou du rayon* 150
Section unique. — Les divers modes de calcul 150

CHAPITRE VIII. — *Sanction de l'interdiction de se rétablir.* .. 156
Section I. — Les diverses sanctions, leurs cas d'application 156
Section II. — Existence d'une clause pénale 163
CHAPITRE IX. — *Hypothèse du vendeur autorisé à se rétablir* 167
Section I. — Actes autorisés. — Actes interdits au vendeur 167
Section II. — Le vendeur peut-il faire usage de l'enseigne 174
Section III. — Le vendeur peut-il se rétablir sous son nom 175
Section IV. — Pouvoirs des tribunaux 177
CONCLUSION 179

Marseille. — Imprimerie Marseillaise, rue Sainte, 39.